

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SILVIA MARKS DE ALMEIDA

O ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA

CURITIBA

2012

SILVIA MARKS DE ALMEIDA

O ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, no
Curso de Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.

Orientador: Prof.^a Dra. Eneida Desiree
Salgado

CURITIBA

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

SILVIA MARKS DE ALMEIDA

O ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof^a. Dra. Eneida Desiree Salgado

Orientadora – Departamento de Direito Público, UFPR

Prof. Dr. Emerson Gabardo

Departamento de Direito Público, UFPR

Prof. MSc. Daniel Wunder Hachem

Departamento de Direito Público, UFPR

Curitiba, 21 de dezembro de 2012.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar e antes de tudo, agradeço aos meus pais, Marli Marks e José Altino de Almeida, pelo incondicional apoio e compreensão, nos sucessos e nas dificuldades, pelas palavras de consolo e pelos tão sagrados ensinamentos de vida. A vocês, devo tudo o que sou hoje.

Agradeço também a minha irmã e melhor amiga, Luyza, pelo companheirismo, pelo exemplo de responsabilidade, comprometimento e integridade que sua pessoa se revela para mim. Meus mais profundos agradecimentos, por tudo.

Agradeço, além disso, ao escritório Vernalha Guimarães & Pereira Advogados Associados, especialmente aos advogados Luiz Fernando Pereira e Gustavo Bonini Guedes, pela oportunidade em experimentar e vivenciar a rotina do Direito Eleitoral, e pela confiança que depositaram em mim e em meu trabalho, especialmente nas eleições municipais de 2012. O aprendizado foi inigualável, aumentando ainda mais o gosto pela disciplina.

Agradeço, ainda, imensamente, à minha orientadora Eneida Desiree Salgado. Através dela tive contato com o Direito Eleitoral e, desde então, nunca mais pude deixá-lo. Suas aulas sempre tão instigantes e tão recheadas de conhecimento despertam em seus alunos, como em mim, a vontade de querer saber mais, de entender mais, de ser mais. Sua paciência e compreensão para comigo jamais serão olvidadas. Obrigada.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, em nome do professor Ricardo Marcelo Fonseca, pela acolhida durante os cinco anos de graduação e pela excelente qualificação acadêmica e profissional que recebi nessa instituição.

Ademais, agradeço aos colegas de turma pelas inevitáveis gargalhadas e por fazerem da vida acadêmica algo muito mais leve e proveitoso do que muitas vezes ela se apresenta.

Por fim, saúdo e agradeço, também, à vida por cada lição apreendida, por cada sucesso alcançado e por cada obstáculo superado.

RESUMO

O trabalho traz, num primeiro momento, a apresentação de caso emblemático que revela a tendência de o Poder Judiciário, especialmente a Justiça Eleitoral, em substituir as decisões tomadas legitimamente na arena política pelas suas próprias. Aborda, a partir disso, a evolução histórica dos conceitos e manifestações de Estado de Direito e de Constituição, aduzindo quais as características que conformaram, a seu tempo, as instituições políticas e jurídicas das respectivas sociedades. Adiante, traz o significado dos princípios republicano e da separação de poderes, além de tratar, em seguida, da democracia e do constitucionalismo, apontando como se dá a tensão entre os dois últimos na jurisdição constitucional, no contexto do Estado Democrático de Direito. Após, avalia as escolhas realizadas pelo constituinte de 1988 na conformação do Estado Constitucional brasileiro e na atribuição de competências, especialmente quanto àquelas reservadas à Justiça Eleitoral. Na sequência, apresenta os princípios constitucionais que informam o Direito Eleitoral. Em seguida, analisa o fenômeno da judicialização da política, consubstanciado na tomada de decisões de cunho político pelo Poder Judiciário, em detrimento das instâncias representativas tradicionais, como decorrência lógica de um Estado formado por uma Constituição dirigente, dotada de efetivo controle de constitucionalidade. Nesse contexto, aborda os fenômenos do ativismo judicial e da autorrestrição, suas causas e críticas, como opções políticas do Poder Judiciário de se imiscuir ou não nas atividades típicas dos demais Poderes. Por fim, traz as manifestações ativistas na jurisdição constitucional e na Justiça Eleitoral, tecendo críticas a essa atividade, como a violação ao princípio democrático e à soberania popular, ao princípio da separação de poderes aos direitos políticos fundamentais.

Palavras-chave: Democracia. Constitucionalismo. Jurisdição constitucional. Judicialização da política. Ativismo judicial. Justiça Eleitoral.

ABSTRACT

The work brings, at first, the presentation of an emblematic case that reveals the tendency of the Judiciary, especially the Electoral Court, to replace decisions made in the political arena legitimately by their own. Addresses, from this, the historical evolution of concepts and expressions of Rule of Law and of Constitution, adding what features conformed, in time, the political and legal institutions of their societies. Ahead, brings the meaning of the republican principle and the principle of separation of powers, and speaks, then, about democracy and constitutionalism, pointing how is the tension between them in recent constitutional jurisdiction, in the context of a democratic state. After, evaluates the choices made by the 1988 constituent in shaping the Brazilian Constitutional State and the allocation of responsibilities, especially as those reserved to the Electoral Court. Following, presents the constitutional principles that inform the Brazilian Election Law. After that, analyzes the phenomenon of judicialization of politics, embodied in the decisions of a political nature by the judiciary at the expense of traditional representative bodies, as a logical consequence of a State Constitution formed by a leader Constitution, endowed with effective judicial review. In this context, discusses the phenomena of judicial activism and self-restraint, its causes and critical, as political choices of the judiciary to interfere or not in the typical activities of the other branches. Finally, brings activists demonstrations in the constitutional jurisdiction and in the Electoral Justice, weaving critical to this activity, as the violation of the principle of democracy and popular sovereignty, the principle of separation of powers and fundamental political rights.

Keywords: Democracy. Constitutionalism. Constitutional jurisdiction. Judicialization of politics. Judicial activism. Electoral Justice.

*You don't need many heroes
if you choose carefully.*

John Hart Ely

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 ESTADO DE DIREITO, CONSTITUIÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS ESTRUTURAIS	6
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DE DIREITO E CONSTITUIÇÃO	6
1.2 PRINCÍPIO REPUBLICANO E PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	12
1.3 TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA	16
2 A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E A JUSTIÇA ELEITORAL.....	31
2.1 ESTADO BRASILEIRO E CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	31
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ELEITORAIS	36
2.3 CARACTERÍSTICAS E COMPETÊNCIAS DA JUSTIÇA ELEITORAL	45
3 O ATIVISMO JUDICIAL NA JURISDIÇÃO ELEITORAL.....	51
3.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	51
3.2 ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL.....	57
3.3 A POSTURA ATIVISTA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	75
ANEXO.....	81

INTRODUÇÃO

A cada dois anos, por ocasião das eleições, ao Tribunal Superior Eleitoral é dado expedir instruções com a função de garantir a execução da legislação eleitoral¹. Tal poder é conferido à Corte Superior Eleitoral pelo art. 23, inciso IX, do Código Eleitoral, e pelo art. 105, *caput* e §3º da Lei 9.504/97 (apelidada Lei das Eleições), em que se dispõe que tais instruções, "atendendo ao seu caráter regulamentar, sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei", se prestam à fiel execução da norma eleitoral.

Apesar de ser uma faculdade (ao que se pode extrair do texto legal), essa é uma função que o TSE nunca deixou de exercer. E com as eleições de 2012 não foi diferente. Assim, no dia 14 de fevereiro de 2012, o Ministro Arnaldo Versiani levou ao julgamento da Corte a minuta da instrução que regulamenta a arrecadação e gastos de campanha, bem como a prestação de contas referente à gerência desses recursos.²

Antes de iniciar-se o debate, o Ministro relator destacou uma questão importante, que tem estado evidência desde as eleições de 2004: se a certidão de quitação eleitoral estaria condicionada à mera apresentação das contas de campanha ou se ela deveria estar necessariamente vinculada à aprovação dessas contas, ainda que a lei disponha expressamente o primeiro entendimento. Ao levantar esse ponto, Versiani fez um breve histórico da discussão do tema, o qual se acredita ser oportuno relatar neste momento.³

Aduziu o Ministro que o conceito de quitação eleitoral, de acordo com o que hodiernamente se vê, se deu por construção pretoriana. Anteriormente, diz Arnaldo Versiani, somente o inadimplemento da pena de multa por não comparecimento gerava a ausência de quitação eleitoral. O Tribunal Superior Eleitoral, aplicando tal entendimento a partir das eleições gerais de 2006, passou a incluir no conceito de quitação eleitoral a existência de multas de qualquer natureza não remetidas, assim como a apresentação das contas de campanha.

¹ OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 92

² Trata-se da Instrução nº 1542-64.2011.6.00.0000, que culminou na Resolução TSE nº 23.376/2011, aplicável às eleições municipais de 2012.

³ Confirmam-se as notas orais deste julgamento, anexas ao presente trabalho.

Com efeito, entende-se que tal evolução conceitual, promovida pelo Poder Judiciário, se justifica ao fato de que a quitação eleitoral exerce função da máxima importância no pleito eletivo: trata-se de uma das formas de se averiguar pleno exercício dos direitos políticos, consoante ensina José Jairo Gomes⁴, condição de elegibilidade prevista no art. 14, §3º, inciso XX, da Constituição da República de 1988. Pode ser entendida, também, como "condição de registrabilidade", na terminologia de Pedro Henrique Távara Niess⁵ (dado que, sem ela, o candidato terá seu registro de candidatura indeferido). Daí a preocupação dos ministros do TSE, à época, em se conferir maior importância à quitação eleitoral.

Inobstante, o fato é que criação jurisprudencial, para a qual não havia, até então, qualquer respaldo legislativo, impediu que muitas pessoas pudessem concorrer às eleições de 2006.

Adiante no histórico, conta o Ministro que o debate acerca do conceito de quitação eleitoral não se encerrou por aí, pois as discussões ressurgiram quando do pleito de 2008: editadas as resoluções para esse escrutínio municipal, ficou estabelecido que aqueles que tiveram suas contas de campanha reprovadas não obteriam a quitação eleitoral por todo o tempo do mandato para o qual concorreram. Ou seja, no mínimo, o candidato estaria impedido de disputar duas eleições consecutivas (considerando um mandato de quatro anos), uma geral e outra municipal.

Diante, portanto, do reiterado entendimento do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de ampliar o conceito de quitação eleitoral, a Lei nº 9.504/97 foi alterada em parte pela Lei nº 12.034/09, inserindo-se o §7º no art. 11 daquele diploma, o qual dispõe que a certidão de quitação eleitoral estará condicionada exclusivamente, entre os outros requisitos trazidos pela Corte Eleitoral, à apresentação das contas de campanha, não a sua aprovação⁶.

Com a edição desse dispositivo, a princípio, o debate poderia ter chegado ao fim e o TSE poderia ter se satisfeito com a solução dada pelo legislador (que já em grande parte albergou a criação jurisprudencial). No entanto, não foi o que

⁴ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 250.

⁵ NIESS, Pedro Henrique Távara. *Direitos Políticos – condições de elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000. p. 61.

⁶ Art. 11, §7º, da Lei nº 9.504/97: "A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não reemitidas, e a apresentação de contas de campanha eleitoral."

aconteceu. A Corte Superior Eleitoral voltou a repisar a necessidade de aprovação das contas de campanha para obtenção da quitação eleitoral, conquanto a dicção legal determine que a mera apresentação das contas conforma a certidão (utilizando-se, ainda, da expressão "exclusivamente", a denotar a taxatividade do rol introduzido).

Segundo o relato do Ministro Versiani, houve procedimento administrativo interno, no ano de 2010, para deliberar acerca da indispensabilidade ou não da aprovação das contas. Neste processo, restou vencedora a tese a favor da aprovação das contas, não apenas da apresentação. Entretanto, as resoluções para as eleições de 2010 já haviam sido aprovadas, de modo que a decisão final ficaria para o julgamento no caso concreto.

Ocorre que, continua Versiani, a composição do Tribunal Superior Eleitoral se alterou neste interregno, fazendo-se inverter o posicionamento antes firmado em sede administrativa. Com a saída da Ministra Nancy Andrighi (substituta) para volta do Ministro Hamilton Carvalhido (titular) à Corte, a nova maioria passou a aplicar os exatos termos da lei. A desaprovação das contas, então, não mais seria óbice à quitação eleitoral.

Note-se que todos os posicionamentos da Corte Superior citados até então, inclusive no procedimento administrativo, seja por um entendimento ou por outro, se deram por maioria de votos (sempre quatro votos a três).

E como não poderia deixar de ser, o TSE, ainda inconformado com a letra da lei, nestas eleições de 2012 resolveu, mais uma vez, insistir na questão. Conforme mencionado no início do capítulo, o tema veio à baila no momento da aprovação das resoluções para o pleito ocorrido em 07 de outubro de 2012.

Após o breve relato desse panorama histórico feito pelo Ministro Arnaldo Versiani, relator da instrução em comento, muito se debateu a respeito: alguns ministros disseram que a desaprovação e a aprovação das contas de campanha não poderiam ter a mesma consequência, enquanto outros disseram que a interpretação da norma deve ser literal; mais alguns disseram que houve omissão do legislador ao não incluir na norma a hipótese de desaprovação de contas, ao passo que tantos outros aduziram que o dispositivo é taxativo e que não há margem para interpretação diversa.

O debate que se iniciou em 14 de fevereiro foi encontrar seu termo apenas em 01 de março, às vésperas do prazo para edição das instruções. Isso porque

houve pedido de vista do Ministro Gilson Dipp, na primeira sessão, e da Ministra Nancy Andrighi, na segunda, decidindo-se o caso somente na terceira sessão.

E o resultado foi este: entendeu o Plenário do TSE que a desaprovação das contas de campanha eleitoral conduziria à ausência de quitação eleitoral. Novamente. Outra decisão por maioria de votos (4x3), em que ficaram vencedores os Ministros Ricardo Lewandowski (então presidente da Corte), Carmen Lúcia, Marco Aurélio Mello, e Nancy Andrighi, restando vencidos os Ministros Arnaldo Versiani (relator) Gilson Dipp e Marcelo Ribeiro.

Apesar da longa discussão, nada ficou acertado a respeito do prazo pelo qual se estenderia o impedimento; nada se resolveu sobre as consequências mediatas da decisão. O Tribunal optou por deixar essas deliberações para quando adviessem os casos concretos a serem decididos.

Vale ressaltar que o mesmo art. 11, §7º da Lei nº 9.504/97 consta tanto da instrução que trata do registro de candidatos nas eleições de 2012 quando da que trata da prestação de contas. No entanto, a primeira foi aprovada com a redação original, sem inclusão da hipótese de rejeição das contas. Apenas a segunda normativa foi objeto de alteração.

Mas o debate não se encerrou com esse pronunciamento. Dessa decisão do TSE, houve pedido de reconsideração apresentado pelo Partido dos Trabalhadores, endossado por outras treze legendas. E o julgamento, pela segunda vez, se inverteu, também porque mudou a composição da Corte. O Ministro Ricardo Lewandowski deixou o comando do Tribunal Superior Eleitoral, diz-se, para se dedicar ao estudo do caso "Mensalão" (do qual é revisor) no Supremo Tribunal Federal, hoje já julgado. Ascendeu à presidência, então, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, vindo a completar a Corte o Ministro Dias Tóffoli. E foi este o prolator do voto de desempate. Para ele, apenas a interpretação literal é cabível neste caso, na medida em que o legislador não deixou espaço para exegese outra.

Assim sendo, restou decidido – sem muita certeza, é preciso que se diga (tal qual seria se prevalecesse o posicionamento contrário) – que é dispensável a aprovação das contas de campanha para que se obtenha a quitação eleitoral, bastando sua efetiva prestação, na esteira do que afirma o texto legal, e foi este o entendimento que prevaleceu nestas eleições de 2012.

Esse caso concreto foi o marco inspirador do presente trabalho acadêmico. Diante dessa postura que se pode chamar "ativista" do Tribunal Superior Eleitoral,

em que as decisões do Poder Judiciário, especialmente os órgãos de cúpula como o STF e o TSE, tendem a ser cumpridas independentemente da lei (e até mesmo da Constituição), tem por escopo o presente ensaio tecer reflexões acerca do posicionamento da Justiça Eleitoral diante das situações que lhes são levadas à apreciação, na medida em que recorrentemente adota interpretações restritivas de direitos fundamentais, inovando na ordem jurídica e criando direitos e deveres, exorbitando de sua competência já bastante elastecida.

Para tanto, o primeiro capítulo tratará da evolução do Estado de Direito e do conceito de Constituição para se chegar ao atual modelo de Estado Constitucional brasileiro, abordando os princípios que lhe são imanentes, como o princípio democrático, o princípio republicano e o princípio da separação de poderes, e que guardam direta relação com as funções da Justiça Eleitoral. Abordar-se-á, ainda, o controle judicial dos atos emanados das instâncias políticas e a tensão entre constitucionalismo e democracia decorrente dessa proeminência do Poder Judiciário.

Já o segundo capítulo é destinado a abordar a conformação do Estado brasileiro e os aspectos da Constituição de 1988, estudando-se os princípios eleitorais encartados na Constituição e que fundamentam as normas de Direito Eleitoral. Em seguida, estudar-se-á a estrutura e organização da Justiça Eleitoral, bem como as competências que lhe foram atribuídas na ordem jurídica atual, com o fim de lançar as bases da crítica ao ativismo judicial por ela praticado.

Por fim, o terceiro capítulo tem por escopo apresentar as raízes e os fundamentos da judicialização da política e do fenômeno do ativismo judicial, reconhecendo-o tanto na jurisdição constitucional quanto na jurisdição eleitoral. Finalmente, demonstra-se que a postura inequivocamente legiferante e não deferente com as escolhas do legislador tomada pela Justiça Eleitoral se volta contra os preceitos encartados na Constituição Federal de 1988, como a própria democracia e a soberania popular, notadamente, ainda, em relação à separação de poderes, além de violar direitos fundamentais, criando um constante sentimento de insegurança jurídica.

1 ESTADO DE DIREITO, CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIOS ESTRUTURAIS

Para compreender o fenômeno do chamado ativismo judicial, objeto principal de análise deste trabalho, mister se faz acessar previamente determinados conteúdos que lhe estão intimamente relacionados, pois constituem, em geral, as origens e as razões de seu acontecimento. Esses conteúdos dizem, então, com a própria formação do Estado de Direito, seus princípios estruturantes, e com a evolução na concepção de constitucionalismo e democracia. Ressalte-se, por oportuno, que a pretensão não é o esgotamento do estudo desses temas, mas apenas apresentar quais os caminhos histórico-jurídicos que permitiram a instalação de uma postura ativista no Poder Judiciário brasileiro na atualidade. Ademais, embora o que se pretenda seja apreciar o fenômeno do ativismo no âmbito da Justiça Eleitoral, é imprescindível conhecê-lo a partir do ambiente em que fora originado, ou seja, na jurisdição constitucional.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE ESTADO DE DIREITO E CONSTITUIÇÃO

A teoria constitucionalista moderna e o advento do Estado de Direito são elementos que guardam intensa relação entre si. Isso porque é a Constituição que conforma o Estado de Direito, calçado em princípios fundamentais de organização e limitação do poder e em direitos fundamentais dos indivíduos. Apesar disso, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, as relações entre Constituição e Estado não são exatamente transparentes, gerando certas divergências quanto à suposta preexistência de um sobre o outro⁷.

Nessa perspectiva, é de se afirmar que nem sempre os Estados soberanos foram conduzidos, norteados, por leis isonômicas e legitimamente instituídas, ou por uma Constituição, na forma como hoje se concebe. Nesse tempo, compreendido entre a Idade Média e o século XVIII, vigorava o chamado *constitucionalismo antigo*, entendido, na visão de Canotilho, como um "conjunto de princípios escritos ou

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003. p. 87

consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder".⁸

Segundo o autor, foi a partir do século XVIII que, por diferentes origens (daí se falar em "constitucionalismos", no plural), o constitucionalismo moderno tomou forma. A partir dele, nasce uma Constituição moderna, considerada um documento escrito destinado a ordenar sistemática e racionalmente a comunidade política, declarando direitos e liberdades, além de fixar os limites do poder⁹. Ademais, Canotilho é assertivo ao afirmar que "a constituição, informada pelos princípios materiais do constitucionalismo – vinculação do Estado ao direito, reconhecimento e garantia de direitos fundamentais, não confusão de poderes e democracia – é uma estrutura política conformadora do Estado"¹⁰. Logo, tem-se que o constitucionalismo moderno acompanhou o surgimento do Estado de Direito, na medida em que literalmente o constitui, conforma-o, em todas as suas modalidades.

Do mesmo modo, o Estado de Direito passa a existir quando a atuação do soberano e o poder estatal são delimitados pelas normas de direito, pela Constituição e pelas leis, na medida em que estas são fruto de uma *vontade geral*^{11,12}. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Estado de Direito

não é qualquer Estado ou qualquer ordem jurídica, mas apenas aquele Estado ou aquela ordem jurídica em que se viva sob o *primado do Direito*, entendido este como um sistema de normas democraticamente estabelecidas e que atendam, pelo menos, às seguintes exigências fundamentais:

a) império da lei, lei como expressão da vontade geral;

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra: 2003. p. 52

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003. p. 52

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003. p. 87.

¹¹ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus (Cuadernos para el Diálogo), 1975. p. 13

¹² De acordo com José Afonso da Silva, acertada a posição de Carl Schmitt quando este assinala que "a expressão 'Estado de Direito' pode ter tantos significados distintos como a própria palavra 'Direito' e designar tantas organizações quanto as que se aplica a palavra 'Estado'. Assim, acrescenta ele, há um Estado de Direito feudal, outro estamental, outro burguês, outro nacional, outro social, além de outros conformes com o Direito natural, com o Direito nacional e com o Direito histórico." Pondera também o autor que, para Kelsen, por sua vez, Estado e Direito são concepções idênticas, de modo que só há Estado quando houver ordem jurídica (esta concebida em sua face puramente positivista, enquanto norma escrita desprovida de conteúdo). Para José Afonso da Silva, essa última é uma concepção deformadora do conceito de Estado de Direito. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 113-114).

- b) divisão de poderes: legislativo, executivo e judicial;
- c) legalidade da administração: atuação segundo a lei com suficiente controle judicial; e
- d) direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material.¹³

Para os autores, essas "exigências" do Estado de Direito não são decorrência imediata de sua constituição, mas conquistas que se vão atingindo ao longo do tempo¹⁴. Notável a similitude entre os princípios apontados como componentes do Estado de Direito com os descritos como princípios materiais do constitucionalismo, a demonstrar a indissociabilidade dos institutos.

Assim, a ideia de Estado de Direito, tanto quanto a de Constituição, passou por várias etapas, em meio a progressos e retrocessos, de modo que três momentos podem ser identificados. O primeiro deles é o Estado Liberal¹⁵, formado, sobretudo, para se contrapor ao Estado Absolutista. Suas características mais marcantes são, segundo José Afonso da Silva, a submissão ao império da lei (esta compreendida como ato formal que emana do Poder Legislativo), a divisão de poderes (de modo a assegurar a produção da lei pelo Legislativo e a imparcialidade do Judiciário) e o enunciado e a garantia dos direitos individuais, em que súditos passam a ser cidadãos livres e iguais. Para esse doutrinador, igualmente, tais postulados são a base do Estado de Direito em qualquer das suas manifestações¹⁶.

O momento histórico correspondente à transmutação de um Estado Absolutista para um Estado Liberal de Direito é o da Revolução Francesa de 1789, na Europa. Nesse contexto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão assumia a função simultânea de "pré-constituição" e de "supraconstituição", pois estabelecia uma disciplina vinculativa para a própria Constituição, assim como cronologicamente lhe era precedente¹⁷. Ainda, inspirados na teoria contratualista de Rousseau, os franceses reconheceram a soberania popular na tomada de decisões políticas, soberania esta que se manifestava através do Parlamento; assim, como a

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 44

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 44

¹⁵ José Afonso da Silva afirma que o Estado de Direito em si é uma criação do liberalismo. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 117.)

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998). São Paulo: Malheiros, 1999. p. 112-113.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003. p. 95

soberania pertencia ao povo e este se manifestava por meio do Poder Legislativo, a lei passou a imperar sobre as normas constitucionais¹⁸, insensíveis à força normativa dos direitos e liberdades encartados na Declaração de 1789¹⁹.

Dessa forma, no Estado Liberal de Direito, apesar de pregar a separação dos poderes do Estado, instituiu a supremacia do Poder Legislativo sobre os demais. Isso porque o primado da lei era absoluto, de modo que a própria Constituição Francesa de 1791 expressamente conferia preponderância ao Legislativo²⁰. Fruto da vontade geral, as leis formuladas tinham caráter geral (em contraposição aos privilégios característicos do Antigo Regime), os atos administrativos também estavam submetidos aos comandos legais (legalidade da administração)²¹, sendo absolutamente impensável qualquer controle judicial sobre as leis, fazendo com que o juiz, tal qual preconizava Montesquieu, apenas aplicasse o comando legal sobre os fatos apresentados sem qualquer atividade hermenêutica²².

Além disso, os direitos individuais que se deveriam consagrar não ultrapassavam o campo formal. O discurso burguês de liberdade, igualdade e fraternidade para todos, positivado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não atingia verdadeira realização material; logo, a garantia dos direitos individuais constava apenas formalmente da norma instituída, mas não era dotada de efetividade para aqueles que não pertenciam à classe dominante. Segundo Paulo Bonavides, "a ideia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito"²³. Ainda, José Afonso da Silva afirma que "a igualdade do Estado de Direito [assim como os demais direitos fundamentais individuais], na concepção

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003. p. 96.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003. p. 95-96.

²² MENDES, Gilmar Ferreira.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51-52.

²³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 16.

clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta".²⁴

O mesmo ocorreu com as manifestações do Estado Liberal nos Estados Unidos: apesar de, neste caso, não haver efetivamente um déspota ao qual se deveria opor, de haver de fato a supremacia da constituição e a valorização das instâncias judiciais, o primado do Parlamento era igualmente levado a níveis extremos.

Sendo assim, esse modelo se mostrou absolutamente insuficiente em face das necessidades sociais, dando lugar ao chamado Estado Social de Direito (também denominado Estado do Bem-Estar Social, ou *Welfare State*), que teve o intuito de ampliar a efetividade dos direitos fundamentais, buscando superar o individualismo marcante do regime anterior para alcançar a realização da justiça social, calcado na concretização material de direitos, sobretudo aqueles de ordem econômica e social²⁵. Ocorre que esse modelo não atingiu seus objetivos tampouco, em virtude de "não ter conseguido realizar a desejada e sempre prometida *democratização econômica e social, a economia do gênero humano* proclamada pelos entusiastas do neocapitalismo".²⁶ Tanto quanto o Estado Liberal, o Estado Social de Direito não foi capaz de promover sua prometida justiça social nem de permitir a participação democrática do povo no processo político.²⁷

Dessa forma, diante da falta de efetividade das propostas do Estado Social, outro modelo de Estado passou a ser concebido, não para se contrapor aos sistemas anteriores, mas para complementá-los e transcendê-los. Trata-se agora do chamado Estado *Democrático* de Direito, que, no entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, "se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos *liberal* e *social* que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da História"²⁸.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 118.

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 115.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 47.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 118.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 149

Aqui, a Constituição é reconhecida como norma suprema do ordenamento jurídico, à qual lei alguma pode se sobrepor, afastando-se, portanto, a proeminência na atuação do Poder Legislativo sobre os demais Poderes. Deve-se isso ao fato de que a própria Constituição, e não somente a lei, é fruto da vontade e da soberania popular (exercida por meio do chamado poder constituinte originário). Diante disso, coube ao Poder Judiciário a função de zelar pelo cumprimento da Constituição, bem como de censurar os atos que a desrespeitassem. A Constituição, agora, é dotada de poder normativo.

Para Canotilho, Estado Democrático de Direito corresponde ao chamado Estado Constitucional, de modo que a "articulação do 'direito' e do 'poder' no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos". Nesse sentido, para ele, a soberania popular é a base do Estado constitucional²⁹. Sendo assim, esse modelo tem como principal promessa a instituição da efetiva participação do povo na formação da vontade política, conferindo verdadeira materialidade ao princípio da soberania popular.

Sobre isso, ensinam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco:

Em que pesem pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se *democrático* aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.³⁰

Inobstante a busca pela realização material dos direitos e a concepção de que valores e preceitos não positivados são também dotados de efetividade, o princípio da legalidade continua compondo a base do Estado Democrático. Segundo ensina José Afonso da Silva, o Estado Democrático está subordinado a uma Constituição, eis que fundado em uma legalidade democrática. Para ele, a lei é ato oficial de decisão política, expressão da vontade popular por excelência, e deve

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003. p. 98

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 149

continuar guiando a realização dos interesses individuais e sociais; contudo, não se tratam de meras leis genéricas formalmente consideradas, desprovidas de qualquer substância, mas de norma com necessário conteúdo, que busque a "igualização das condições dos socialmente desiguais". Informa, por fim, que "[a lei], sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade".³¹

De acordo com a lição de José Afonso da Silva, os princípios que informam o Estado Democrático de Direito são (i) o princípio da constitucionalidade; (ii) o princípio democrático; (iii) o sistema de direitos fundamentais; (iv) o princípio da justiça social; (v) o princípio da igualdade; (vi) o princípio da divisão de poderes; (vii) o princípio da legalidade; e (viii) o princípio da segurança jurídica³². Por sua vez, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, no contexto da Constituição brasileira de 1988, reconhecem como fundamentos do Estado de Direito, além dos já citados, o princípio republicano e o princípio do pluralismo político (além de desdobrar o princípio da igualdade em princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da isonomia)³³.

O princípio republicano e o princípio da separação de poderes, especialmente na conformação do Estado brasileiro, têm especial importância no que se refere ao fenômeno do ativismo judicial, assim como o princípio constitucional e o princípio democrático, cujo embate lançou as bases do reconhecimento da postura ativista no Poder Judiciário.

1.2 PRINCÍPIO REPUBLICANO E PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

James Madison, no Artigo nº 14 de O Federalista, afirma que democracia é aquela que se exerce diretamente pelo povo: "em uma democracia, o povo constitui e exerce pessoalmente o governo", ao passo que, na república, no seu entender, o poder é exercido por meio de pessoas escolhidas para representá-los: "na república, o povo se reúne e administra através de seus representantes e agentes". Conclui ele

³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 121.

³² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 122.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 147 et seq.

ainda que "uma democracia ficará confinada em um pequeno espaço, enquanto uma república pode estender-se sobre uma larga região"³⁴.

Inobstante a incompletude desse conceito, ainda Madison, agora no Artigo nº 39 de O Federalista, afirma que não se pode conceber uma Constituição ou um Estado que não se revistam do caráter republicano. Para ele a república é um governo em que todo o poder deriva "da grande massa do povo", que escolhe representantes para atuarem voluntariamente, por tempo limitado (membros do Executivo e do Legislativo) ou enquanto bem realizarem as suas funções (membros do Judiciário).³⁵

Canotilho conceitua república como uma "*comunidade política*, uma 'unidade colectiva' de indivíduos que se *autodetermina* politicamente através da criação e manutenção de instituições políticas próprias assentes na decisão e participação dos cidadãos no governo dos mesmos (*self government*)"³⁶. José Afonso da Silva revela que república remete ao seu sentido original de *res publica*, daquilo que é produzido e pelo povo, voltado para o povo, oposta a toda e qualquer forma de tirania³⁷.

O princípio republicano não necessariamente se contrapõe à monarquia: Edmund Burke defende, mesmo para um regime monárquico, a legitimação da ação política por meio de princípios públicos, e isso é característico de um ideal republicano³⁸.

Dessa forma, entende-se que o princípio republicano, vez que significa a autodeterminação do povo, conforma o modo de investidura dos cargos públicos, de forma que, em uma república, "os dirigentes são escolhidos pelo povo, diretamente ou através de representantes, para o exercício de mandatos temporários"³⁹, ao mesmo tempo em que se estabelece a forma de exercício do mandato público. É o modo como se dá a instituição do poder na sociedade, a relação entre governantes e governados.

³⁴ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 173

³⁵ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 329-330.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003. p. 224.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 102.

³⁸ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p.47.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 148.

Dessa forma, Philip Pettit concebe o ideal republicano na medida da não submissão do indivíduo ao Estado: não se trata de absoluta não intervenção, nos moldes liberalistas clássicos, do Poder Público na vida dos indivíduos, mas cuida de efetiva não dominação, em que a liberdade dos cidadãos resta preservada, sem afastar o caráter intervencionista do Estado. Ainda, para ele, a república se baseia em uma relação de confiança, de fidúcia, estabelecida entre governantes e governados, confiança essa de que o governo atuará na promoção das liberdades dos cidadãos, pautada em virtudes cívicas e públicas⁴⁰.

Assim, o princípio republicano se revela através de um valor de igualdade a ser perseguido, o qual se manifesta por meio de um princípio da igualdade com conteúdo normativo. Contudo, não se fala em igualdade em seu sentido formal, liberal, mas em uma igualdade substantiva. Do mesmo modo, também a liberdade é condicionada pela república, não havendo dominação de um indivíduo por outro, garantindo-se, assim, a própria igualdade⁴¹.

Segundo Emerson Gabardo, "uma república em que não se tome como ponto de partida que deve ser priorizado o interesse comum em face dos interesses de caráter particular certamente não será uma república verdadeira. Isso porque não será tomado a felicidade de todos como princípio, mas as felicidades individuais, a partir de uma postura utilitarista-pragmática"⁴²

Roberto Gargarella, por sua vez, no estudo do ideal republicano, defende uma concepção que concilia valores cívicos, como a solidariedade e o compromisso com o outro, e a liberdade. Nesse caso, demandam-se do cidadão posturas morais comprometidas com a comunidade, em que há, portanto, uma intervenção na esfera individual de cada um, mas sem impor nenhum de padrão de comportamento pessoal, de modo que "cada um pode desenvolver sua vida da maneira como lhe aprouver"⁴³.

Ainda, o princípio da igualdade, no contexto republicano, é compreendido em seu conteúdo jurídico por Celso Antônio Bandeira de Mello, afirmando este que

⁴⁰ PETTIT, Philip. *Republicanism: una teoría sobre La libertad y el gobierno*. Tradução de Toni Domènech. Barcelona: Paidós, 1999. p. 194 et seq.

⁴¹ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 49.

⁴² GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. O Estado e a Sociedade Civil para além do Bem e do Mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 363.

⁴³ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. Um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [1999], p. 183-221.

se impõe o tratamento desigual quando há algum elemento que torne os indivíduos efetiva e relevantemente desiguais, na medida da própria desigualdade⁴⁴.

No entanto, o ideal republicano, assim como o Estado Social não se satisfaz com uma posição clássica, liberal, por parte do cidadão, reivindicando-se, portanto, uma cidadania mais ativa, calçada num sentimento de pertencimento à comunidade e preocupação com a coisa pública. A república exige um compartilhamento de valores para que se instaure, verdadeiramente, uma comunidade política.⁴⁵

Sendo assim, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco identificam as características gerais da república, que são a existência de uma estrutura político-organizatória, em que se garantam liberdades civis e políticas; a elaboração de um catálogo de liberdades assecuratórias da participação política e dos direitos de defesa individuais; o reconhecimento de corpos territoriais autônomos, como ocorre em uma federação, por exemplo; a legitimação do poder público, revelada na soberania popular que se autogoverna pelas leis formuladas por seus representantes, e a opção pela eletividade, colegialidade, temporariedade e pluralidade no acesso ao serviço público *lato sensu*.⁴⁶

Não somente o princípio republicano, mas também o princípio da separação de poderes guarda significativa relevância na conformação dos Estados contemporâneos.

Logo no artigo primeiro da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1776 se estabelece que "toda sociedade em que a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não haverá uma Constituição"⁴⁷, tornando-se, por isso, um dogma constitucional.

Segundo José Afonso da Silva, a separação ou divisão de poderes significa delegar cada uma das funções governamentais, quais sejam, as funções executivas, legislativas e jurisdicionais, a órgãos distintos, que, em geral, levam o próprio nome

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 21.

⁴⁵ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 53.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 148.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003. p. 114. "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution".

da função. Nesse sentido, a separação de poderes é composta de dois elementos: a especialização funcional, de modo que cada órgão será especializado em uma atividade típica, e a independência orgânica, na medida esses órgãos são independentes entre si, não havendo qualquer relação de subordinação entre eles⁴⁸.

Embora o esboço da teoria da divisão de poderes tenha se desenhado já em Aristóteles, John Locke e Rousseau, foi com "O espírito das leis", de Montesquieu, que ela foi definida e divulgada⁴⁹. James Madison, agora nos artigos 47 e 48 d'O Federalista trata da imprescindibilidade de se conceber um Estado e uma Constituição fundados no princípio da separação de poderes.

Segundo ele, "[a] acumulação de todos os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – nas mesmas mãos, quer de um, de poucos ou de muitos cidadãos, por hereditariedade, autonegação ou eleição, pode com justiça ser considerada como caracterizando a tirania"⁵⁰. O que se quer evitar, portanto, é que apenas uma pessoa ou um determinado grupo se valha de todas as formas de exercício do poder para beneficiar-se e se furtar ao cumprimento das regras.

Todavia, o autor afirma que não há necessidade de que os ramos do poder sejam absolutamente desconectados entre si, sem nenhuma comunicabilidade, mesmo porque, jamais se viu nem se verá na prática um modelo com a incondicional dissociação entre eles. Revela ainda haver uma "concordância geral" no sentido de que um ramo pode realizar a atividade típica de outro, desde que aquele não o faça direta e integralmente; ao mesmo tempo, "nenhum deles deve possuir, direta ou indiretamente, uma influência dominante sobre os demais no exercício dos respectivos poderes". O poder tende a ser usurpador por natureza e, portanto, deverá ser eficazmente contido⁵¹.

No Estado liberal, essa doutrina se adequava perfeitamente ao modelo construído, em que a finalidade do Estado era apenas "promover e manter a segurança necessária para que os indivíduos possam livremente desenvolver as

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 108-109.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 109.

⁵⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 393.

⁵¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 401.

suas potencialidades", alcançando, portanto, sua utilidade na preservação das liberdades econômica e contratual.⁵²

Nesse sentido, é necessária a criação de mecanismos para que cada ramo do poder se proteja das ingerências dos demais. Afirma Madison que "a grande segurança contra uma gradual concentração de vários poderes no mesmo ramo do governo consiste em dar aos que administram cada um deles os necessários meios constitucionais e motivações pessoais para que resistam às intromissões dos outros". E esses mecanismos se revelam no controle recíproco das atividades de cada um, em um sistema de freios e contrapesos, "onde o objetivo constante é dividir e dispor as várias funções de tal modo que uma possa ter um controle sobre a outra"⁵³.

Assim, devem-se criar instrumentos que assegurem a cada Poder o adequado exercício de suas atividades, de forma independente e autônoma, prevendo, para tanto, certo grau de controle sobre eles para que não tendam a usurpar do poder que lhes foi conferido. Além de ser permitido, na esteira da delegação constitucional, tão somente, que os demais poderes atuem conforme as atribuições típicas dos outros, em menor escala, são previstas também hipóteses de fiscalização da atuação de um ramo sobre o outro.

Contudo, a crise do sistema liberal trouxe novas atribuições ao Estado: com a insuficiência do sistema liberalista, o Estado passou a assumir funções sociais de cuidado da população, a partir de prestações garantidoras do bem-estar e de distribuição de riqueza. Nesse caso, o Poder Executivo era o grande responsável por essa realização, ganhando maior evidência no cenário estatal⁵⁴, demonstrando a inaplicabilidade, nos Estados contemporâneos, de uma teoria absoluta da separação dos poderes.

Hoje, não se concebe mais o indivíduo independente do Estado e que este se presta a não turbar as liberdades e direitos individuais, devendo atuar de forma contida, limitada. O pensamento atual se volta à dependência do sujeito para com o

⁵² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 35.

⁵³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 418.

⁵⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 35 et seq.

Estado, uma vez que este lhe garante os meios de subsistência, revelando-se no "pai de quem tudo se cobra e do qual tudo se espera"⁵⁵.

A sociedade não é formada só por indivíduos, mas também por grupos dotados de interesses próprios, de modo que a sociedade também tem de se preocupar com o Estado. Nesse contexto, a separação de poderes, tal qual concebida por Montesquieu, não é funcional; entretanto, ela ainda está presente, inerente ao Estado de Direito, mas deve ser interpretada e compreendida de acordo com o movimento atual da sociedade. Para Clève, constitui "missão atual dos juristas (...) adaptar a ideia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo". Segundo ele, é preciso fortalecer e aprimorar os mecanismos de controle da atuação dos Poderes.⁵⁶

Desse modo, fica evidenciado o grau de importância adquirido pela teoria da divisão de poderes, como uma forma de equilibrar as forças do poder e permitir o andamento adequado da prestação estatal em uma república, de modo a evitar as práticas abusivas daquele que se encontra investido no poder. No entanto, nem sempre esse ideal se faz plenamente satisfeito, gerando desequilíbrios e preponderância de um dos ramos sobre os outros, tal como ocorre com o fenômeno do ativismo judicial.

Apesar disso, não apenas o republicanismo e o princípio da separação de poderes lançam as bases para o estudo do ativismo judicial, mas as noções de Constituição e de democracia desenvolvem um ambiente propício à sua discussão.

1.3 TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

O movimento constitucionalista, em sua acepção moderna, inseriu a Constituição no topo do ordenamento jurídico, visando a garantir, como informa Canotilho, a vinculação do Estado ao direito, o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais, a separação de poderes e democracia⁵⁷.

No momento histórico atual (mormente a partir do final da 2ª Guerra Mundial), "a aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia produziu

⁵⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 44.

⁵⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 44.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003. p. 87.

uma nova fórmula de organização política, denominada Estado Constitucional, Estado Democrático de Direito, entre outras referências"⁵⁸.

Nesse contexto, a Constituição foi alçada à condição de norma jurídica, não sendo mais mera norma política carente de efetividade, adstrita à atuação do legislador, fundando-se principalmente na supremacia constitucional primeiramente reconhecida nos Estados Unidos da América. Além disso, expandiu-se a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade, assim como se concebeu uma nova forma de hermenêutica constitucional, baseada em princípios próprios. A isso se dá o nome de *neoconstitucionalismo*⁵⁹.

Essa evolução na teoria constitucional iniciou-se na Alemanha do pós-guerra, alcançando a Itália para depois se alastrar pela Europa. Por volta da década de 1970 ganhou maior espaço na América Latina, vindo a se consagrar no Brasil apenas com a Constituição de 1988⁶⁰. Esse processo culminou na produção, em geral, de Constituições preponderantemente valorativas, dirigentes e rígidas, tal como a atual Constituição brasileira.

Importa destacar, ainda, um dos elementos desse novo constitucionalismo, qual seja, a proteção do conteúdo da Constituição e a garantia de sua aplicação, bem como a censura dos atos praticados em desconformidade com suas normas, denominado, portanto, controle de constitucionalidade. Apesar de se conhecer a possibilidade de realização do controle de constitucionalidade pelas instâncias políticas⁶¹, cumpre trazer à discussão o modelo de revisão judicial dos atos de poder.

Historicamente, pode-se dizer que o momento primeiro em que se deu a realização do controle judicial de constitucionalidade, reconhecendo-se a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, foi nos Estados Unidos da

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun., 2005. p. 3.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun., 2005. p. 3 e 4.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun., 2005. p. 6 e 7.

⁶¹ Cf. SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 73-75. Em sua obra, a autora traz exemplos de controle político de constitucionalidade, ocorridos na França e na Holanda (neste último, está expressa a proibição do controle de constitucionalidade feito pelo Poder Judiciário)

América, no ano de 1803. Trata-se do célebre caso *Madison x Marbury*, julgado pelo *Chief Justice John Marshall*, em que este reconheceu a inconstitucionalidade da lei ordinária que atribuía àquela Corte a competência originária para julgar o *writ of mandamus* (instituto equivalente ao mandado de segurança brasileiro) sobre a situação em voga, tendo em vista que a atribuição de competências da Corte Constitucional só poderia estar prevista na própria Constituição, e que nada nesse sentido havia descrito na Carta de 1787⁶². É nesse contexto que nascem as raízes do denominado *judicial review*, permitindo-se, portanto, ao Poder Judiciário, dizer sobre a compatibilidade ou não de um ato normativo com os preceitos constitucionais.

Essa doutrina, para além de desvelar a capacidade conferida ao Poder Judiciário de realizar o controle de atos políticos em face da Constituição, consolida a possibilidade de interpretação das leis pelo juiz, fazendo dele não mais mera "*bouche de la loi*", mas personagem com poder de adequar a aplicação das normas aos casos concretos⁶³.

Segundo Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, as decisões provenientes da Suprema Corte americana foram, ao longo do tempo, atribuindo valores a normas abstratas presentes na Constituição estadunidense, bem como determinando o conteúdo de direitos fundamentais, em inequívoca atividade ativista, criativa do direito⁶⁴. Note-se que, por se tratar de uma Constituição rígida, o diploma norte-americano dificilmente se adapta, ele mesmo, às vicissitudes sociais, fazendo com que a atividade jurisdicional muitas vezes se revele determinante na consagração de direitos.

Reconhecida, então, a possibilidade de realização do controle de constitucionalidade, preponderam hoje dois modos distintos⁶⁵. O primeiro, originado nos Estados Unidos, conforme o caso descrito, cuida do controle difuso, em que qualquer membro do Poder judiciário tem competência para declarar a inconstitucionalidade de atos normativos. Trata-se de casos concertos, em que o juiz ou a Corte deverão afastar ou manter a aplicabilidade de uma lei relativamente

⁶² BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 89 et seq.

⁶³ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 94-95

⁶⁴ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 111

⁶⁵ Embora se haja concebido um sistema que combina as duas modalidades, tal qual ocorre no modelo brasileiro.

àquela situação, e apenas a ela, vinculando somente as partes envolvidas na hipótese examinada. Daí a denominação da via difusa também como concreta, via incidental ou via de exceção.

Além desse, há o controle de constitucionalidade denominado concentrado (ou abstrato, ou pela via direta), concebido por Hans Kelsen (podendo, por isso, ser também denominado de modelo austríaco ou europeu). Neste caso, o exame acerca da inconstitucionalidade recairá sobre lei em tese, sobre ato normativo que não esteja sendo aplicado a nenhum caso concreto, de modo que o objeto da ação principal é a própria declaração de inconstitucionalidade do ato. Aqui, a análise da constitucionalidade da lei é levada diretamente à Corte Constitucional ou ao órgão de cúpula do Poder Judiciário (ou, ainda, o que lhe faça as vezes), cuja decisão operará efeitos perante todos (*erga omnes*), vinculando os demais membros do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Contudo, apesar de reconhecer a atuação da jurisdição constitucional, muito se questiona a respeito de sua possível incompatibilidade com o princípio democrático. E antes de tratar especificamente desse tema, convém abordar os contornos do referido princípio.

Segundo José Afonso da Silva, "democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história". Para ele, a "*democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, [e] há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo*"⁶⁶, citando o brocardo cunhado por Abraham Lincoln.

Para J. J. Gomes Canotilho, por sua vez, o princípio democrático é aquele destinado a organizar a titularidade e o exercício do poder: "o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de governo"⁶⁷. Segundo o autor, "o princípio democrático é condensado pelos princípios da

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 126. Grifos no original.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003. p. 290

soberania popular, da separação e interdependência dos órgãos de soberania, da participação democrática dos cidadãos e do sufrágio universal"⁶⁸.

Ainda, a democracia pode se realizar de forma direta ou por meio de representantes eleitos. A primeira, também chamada democracia participativa, cuja inspiração se deu na *polis* grega e que foi relatada por Aristóteles em sua obra denominada "Política", significa a participação direta dos cidadãos nas deliberações sociais⁶⁹.

Robert Dahl, por sua vez, defende que, para haver democracia, deve haver igualdade entre os cidadãos, sendo esta pressuposto para o exercício daquela, referindo-se à igualdade de condições econômicas, de acesso à educação e à comunicação, ao pluralismo político e à redução das desigualdades sociais⁷⁰. No entanto, José Afonso da Silva se opõe a esse posicionamento, afirmando que os citados elementos devem ser, em verdade, os objetivos da democracia, ou seja, condições que se devem alcançar por meio de seu exercício, não seu pressuposto, em especial quando se está a lidar com sociedades eminentemente desiguais⁷¹.

No entanto, uma democracia puramente participativa não encontra mais aplicabilidade em grandes sociedades, dada a dificuldade em se atingir o consenso sobre o tema em debate quando a extensão territorial e populacional é significativa. Dessa forma, desenvolveu-se a democracia representativa, em que o povo soberano escolhe representantes para exercer o poder de decisão em seu nome e em nome dos interesses da coletividade (não dos interesses particulares do representante). Nessa hipótese, a deliberação democrática se submete à escolha da maioria, tanto no momento de escolher os representantes, como no instante em que estes tomam as decisões políticas.

Em que pese a imprescindibilidade de ambos, constitucionalismo e democracia, para a instauração de um Estado Democrático de Direito, pode-se identificar uma possível incompatibilidade entre eles.

A democracia pressupõe o exercício do poder soberano do povo, para o povo e pelo povo. Dadas as circunstâncias de extensão territorial e alta densidade

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003. p. 1090-1100.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 126.

⁷⁰ DAHL, Robert Alan. *Um prefácio à teoria democrática*. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar: 1989. p. 45.

⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. 128.

demográfica das sociedades atuais, o modelo encontrado para se efetivar o exercício desse poder foi a democracia representativa, em que os cidadãos elegem representantes para tomarem, em seu nome, as decisões políticas, diligenciando em favor dos interesses da coletividade. Assim, a vontade do povo se manifesta por meio dos atos do Poder Legislativo, obedecida a decisão da maioria.

Por sua vez, o constitucionalismo contemporâneo firmou o compromisso de assegurar a esse mesmo povo seus direitos fundamentais, instituindo mecanismos para que eles não sejam violados e, ao mesmo tempo, sejam realizados materialmente, buscando a salvaguarda dos interesses das minorias. Para tanto, prevê um sistema de controle dos atos legislativos que estejam em desconformidade com a Constituição, competência esta que, via de regra, cabe ao Poder Judiciário, exercendo função contramajoritária.

Segundo Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, "é aí que está a tensão entre democracia e constitucionalismo, na medida em que este acaba por limitar a liberdade de deliberação dos representantes eleitos pelo povo, que, por sua vez, não podem elaborar leis que afrontem os direitos fundamentais das minorias, ou mesmo individuais, elencados na Constituição"⁷².

Nesse contexto, como pode o princípio democrático tolerar que as decisões políticas, legítima e democraticamente tomadas pelos representantes do povo, sejam afastadas pelos juízes do constitucionalismo, se estes sequer gozam de legitimidade pela escolha popular, ou o constitucionalismo tolerar deliberações da maioria que afrontem seus princípios e seu conteúdo?

John Hart Ely sai em defesa da democracia, levantando-se contra a postura ativista da Corte Constitucional americana, afirmando que o controle judicial de constitucionalidade das leis se verificava antidemocrático, na medida em que não se poderia conceber uma interpretação vinculativa de normas constitucionais de conteúdo vago por um grupo de juízes não escolhidos democraticamente pelo povo para exercer suas funções, sendo, portanto, "irresponsáveis perante os eleitores"⁷³.

Além disso, o autor procura deslegitimar as decisões valorativas da Suprema Corte ao dizer que, no momento em que os juízes se prestassem a verificar um

⁷² BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 24

⁷³ ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza*. Una teoría del control constitucional. Tradução: Magdalena Holguín. Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, 1997. p. 82.

suposto consenso moral existente na sociedade⁷⁴, eles inevitavelmente carregariam consigo seus valores pessoais e de seus antepassados, o que feriria a segurança jurídica e engessaria a possibilidade de mudanças sociais⁷⁵.

Ely, no entanto, ameniza sua crítica ao conceber a possibilidade de se exercer a jurisdição constitucional sobre atos emanados da arena política, desde que se limite a assegurar o procedimento democrático, este realizado pelo Parlamento. A esse entendimento dá-se o nome de democracia procedimentalista, que prioriza o processo de produção das leis independentemente de seu resultado final. Segundo Cláudio Ari Mello, a concepção procedimentalista da democracia, para Ely, se funda em duas características, a "precedência do princípio democrático sobre princípios e direitos substantivos", e a "ilegitimidade dos juízes para adotarem decisões substantivas de valor em um regime democrático"⁷⁶.

Para o autor, então, a única possibilidade de o Poder Judiciário se imiscuir nas decisões oriundas do debate político ocorre apenas para garantir que as regras do jogo democrático sejam asseguradas.

De acordo com Estefânia Maria de Queiroz Barbosa

Para a teoria procedimentalista, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam, o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Devendo o Poder Judiciário ser apenas um garantidor do exercício da democracia, não sendo possível, portanto, a possibilidade de ativismo judicial, visto que a deliberação sobre os valores substantivos de uma sociedade por juízes não eleitos atentaria ao princípio democrático.⁷⁷

Outro representante da teoria procedimentalista de democracia é Jürgen Habermas. Este sociólogo, tendo em mente a sua "teoria da ação comunicativa", defende que a produção do direito encontra legitimidade no princípio democrático, uma vez que, havendo uma forma democrática de legitimação das decisões

⁷⁴ Para John Hart Ely, o consenso sobre determinado tema pela sociedade é inalcançável e, se há, trata-se de um consenso meramente aparente, em que uma maioria está oprimindo a minoria. (ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza*. Una teoría del control constitucional. Tradução: Magdalena Holguín. Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, 1997. p. 85)

⁷⁵ ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza*. Una teoría del control constitucional. Tradução: Magdalena Holguín. Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, 1997. p. 92.

⁷⁶ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41.

⁷⁷ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional*. Entre democracia e constitucionalismo. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 47

políticas, haverá menos conflito na sociedade. Para ele, como não há consenso sobre a moral, a decisão política será legítima e bem aceita por todos se esta obedecer a um procedimento democrático, isonômico, do qual todos possam participar razoável e racionalmente. Sendo assim, como a produção do direito se legitima no exercício da democracia, o eventual reexame do ato caberá à mesma instância democrática da qual ele emanou, jamais à jurisdição constitucional⁷⁸.

Todavia, a teoria democrática de Habermas, ao que se vê, não é puramente procedimentalista. Sendo os direitos fundamentais imprescindíveis para a realização da democracia, Habermas admite não apenas a intervenção do Poder Judiciário em relação à garantia do procedimento democrático, mas aceita-a em relação à proteção dos direitos fundamentais⁷⁹, de modo a assegurar a autonomia pública e privada dos cidadãos⁸⁰. No entanto, como ressalta Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, a teoria do discurso de Habermas, tal qual sua teoria de democracia, se volta a uma "ideia reguladora, a ser exercida numa sociedade democrática avançada", tendo em vista que, "para aceitar racionalmente as condições do discurso deliberativo, é necessário que os atores e os cidadãos, os quais se submeterão às leis, tenham iguais condições intelectuais, como forma de se ter uma efetiva legitimidade"⁸¹.

Lenio Luiz Streck, por sua vez, revela a inaplicabilidade da tese procedimentalista. Afirmo o constitucionalista brasileiro que o modelo pensado por Habermas, tanto em se tratando da sua teoria da ação comunicativa, como quanto ao enfrentamento da democracia popular, pressupõe uma sociedade já formada por iguais, por indivíduos que atingiram um patamar de conhecimento cultural e cívico e de satisfações pessoais, com alto grau de emancipação social e autonomia⁸², algo que não ocorre com a sociedade brasileira, por exemplo, fazendo com que essa teoria perca força.⁸³

⁷⁸ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p 32-35.

⁷⁹ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p 36.

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. P. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. 2. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. p. 326

⁸¹ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p 36-37

⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 172-173

⁸³ Não é demais lembrar o posicionamento de José Afonso da Silva quanto aos requisitos para o exercício da democracia: enquanto a teoria elitista informa que o princípio democrático se realiza por

De todo modo, se é admitido pelos procedimentalistas uma avaliação do Poder Judiciário no que diz respeito aos direitos fundamentais, ainda que somente na posição de condições ao exercício da democracia, não há possibilidade de o julgador se afastar de um juízo de valor, pois princípios, ainda que "neutros" e democraticamente estipulados, são dotados de substância, não se relacionando unicamente com o procedimento. A partir disso, a teoria do procedimento democrático, que não deveria permitir a avaliação judicial do conteúdo da norma, acaba perdendo sua justificação⁸⁴.

Por outro lado, há ainda os partidários do constitucionalismo e de uma concepção substantiva de democracia. Dentre eles, seu maior representante é Ronald Dworkin.

O constitucionalismo é a doutrina que tem como pedra angular a proteção aos direitos fundamentais, os quais "representam os valores substantivos escolhidos pela sociedade no momento constituinte – de máxima manifestação da soberania popular – que garantem o funcionamento da democracia (...). E quem está incumbido de proteger esses valores é o Poder Judiciário, conforme determinação do próprio poder constituinte".⁸⁵ Nesse sentido, Dworkin afirma que a própria democracia não é um conceito preciso e que padece de discordância entre os indivíduos, fazendo com que seu conteúdo seja igualmente substantivo. Logo, não prospera o argumento de que somente as regras de procedimento democrático podem estar sob a jurisdição constitucional, ao entendimento de que não proporcionam ao julgador um argumento de valor, pois ainda "resta a questão de como decidir quais processos constituem a melhor concepção de democracia".⁸⁶

Além disso, defende Dworkin que não encontra respaldo a concepção de que a análise de uma questão polêmica pelo Tribunal é antidemocrática, tendo em vista que, a depender do caso ou do direito em exame, deixar a decisão a cargo da maioria poderia levar a julgamentos morais, postura a que ele se opõe

peças que tenham garantidos seus direitos fundamentais, José Afonso da Silva afirma que estes são, em verdade, os objetivos da democracia, as metas de emancipação individual a serem alcançadas por meio do exercício da democracia.

⁸⁴ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 46

⁸⁵ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 50.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 80 et seq.

veementemente, permitindo à posição majoritária violar a igualdade de representação em detrimento das minorias⁸⁷.

Apesar disso, para Dworkin, o Judiciário não poderá decidir a respeito de questões substantivas como bem entender. Segundo ele, "o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação (...)"⁸⁸, sendo este o método que deverá ser adotado ao se praticar o *judicial review*.

Dessa forma, o autor "admite, com isso, a possibilidade de legitimidade dos julgamentos constitucionais pelo Poder Judiciário, desde que estes julgamentos sejam baseados em princípios, entendidos como um padrão a ser observado em face da 'exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade'."⁸⁹

Dworkin estabelece a compatibilidade entre constitucionalismo e democracia quando permite que as instâncias judiciais façam julgamentos valorativos com base em princípios, negando a elas a possibilidade de decidir de forma política. Para ele, política é compreendida como um padrão ou um objetivo a ser alcançado, "uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da sociedade", que devem permanecer na arena política, não podendo ser objeto de controle pelo Poder Judiciário⁹⁰.

Sua teoria se volta contrariamente ao princípio majoritário da democracia, pois entende que aquele não pode ser o único parâmetro deste. Em sua visão, um controle realizado pelo Poder Judiciário serve mais à democracia do que a soberania dos Poderes Executivo e Legislativo, sobre os quais não haja qualquer controle, considerando-se que a legitimidade da instância judicial se encontra na supremacia dos direitos fundamentais⁹¹.

Dworkin fala expressamente em sua obra que um tribunal que se pretenda conformador da reconstrução contínua do ordenamento jurídico, "deve ser um

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 100

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 101.

⁸⁹ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 59

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 36.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 247.

tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta"⁹². Assim, informa que "a tutela dos direitos fundamentais está na essência do constitucionalismo, o que acaba por demonstrar que o *judicial review* pode conviver com total harmonia com o princípio da democracia", uma vez que, mediante uma leitura moral da Constituição, estará aplicando os valores políticos e morais adotados pelo próprio povo, na qualidade de detentor soberano do poder constituinte.⁹³

Inobstante, o doutrinador aduz que, apesar de não se verificar antidemocrático o poder contramajoritário conferido à jurisdição constitucional (daí pra ele a democracia ser constitucional e substantiva, não procedimentalista), até porque, no seu entendimento, as instâncias judiciais estão mais aptas a decidir sobre direitos fundamentais, dada sua imparcialidade, os juízes e tribunais estão adstritos à tomada de decisão baseada em princípios, não em política⁹⁴.

John Rawls, por sua vez, é também defensor de uma teoria substantiva de democracia. Para ele, apesar de o respeito ao procedimento democrático também ser fundamental, a democracia deve assegurar a produção de resultados justos através desse procedimento, calçados em direitos fundamentais⁹⁵. Sua teoria pressupõe "uma carta de direitos que especifica essas liberdades e é interpretada pelos tribunais como limite constitucional à legislação"⁹⁶. Assim, para Rawls "seja porque, para ele, a Constituição deve resultar em um sistema de legislação justo e eficaz, quer seja porque vê na busca de justiça e equidade o fundamento de legitimação da jurisdição constitucional", a democracia não se verifica apenas através do procedimento, sendo necessário o exame substantivo da Constituição para levar aos indivíduos a justiça e a equidade⁹⁷.

⁹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 231.

⁹³ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 62-63.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27 et seq.

⁹⁵ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 66.

⁹⁶ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Organizado por Erin Kelly. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 205

⁹⁷ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 68.

Diante dessa tensão insanável entre democracia e constitucionalismo, que é, em verdade, altamente produtiva⁹⁸, o caminho de tentativa de equilíbrio entre ambos é o princípio da igualdade.

Roberto Gargarella afirma que o povo, por meio do poder constituinte originário, se autoimpõe certas normas e, ao mesmo tempo, demanda que elas sejam respeitadas. Disso se extrai, portanto, a importância de uma Constituição, que, além de materializar a vontade popular de autorregulação, garante que essas normas sejam efetivamente cumpridas⁹⁹.

Aduz ainda o autor que todas as pessoas têm a mesma dignidade moral e possuem as mesmas capacidades; assim, todas as pessoas têm o direito de participar da deliberação de assuntos de seu interesse, havendo, portanto, um compromisso institucional com a democracia¹⁰⁰. Por outro lado, o constitucionalismo assume relevante papel na preservação de direitos fundamentais, que permitem a cada um conduzir sua existência conforme seus ideais, de modo que a opinião de um indivíduo vale a mesma coisa que a do outro¹⁰¹. Sendo assim, "a igualdade resulta no fundamento último da democracia e do constitucionalismo"¹⁰², igualdade esta que só estará presente quando garantidas as liberdades moralmente importantes, como a liberdade de expressão, de religião, de convicção, econômica, entre outras¹⁰³.

Carlos Santiago Nino propõe a construção de uma democracia deliberativa, em que os processos de argumentação e deliberação pública estejam consagrados para alcançar o resultado moral mais correto, assegurando-se a participação das minorias. Para isso, os preceitos e direitos constitucionais devem ser preservados¹⁰⁴. Dessa forma, conclui-se que "a democracia só se realiza se determinadas condições

⁹⁸ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia. Soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-174, jan./jun., 2010. p. 169.

⁹⁹ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. P. 127 et seq.

¹⁰⁰ GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. In: ALBANESE, Susana; et al. (Orgs.). *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad, 2004. p. 77.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 305 et seq.

¹⁰² CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia. Soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-174, jan./jun., 2010. P. 168.

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the Theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000a. p. 121 et seq.

¹⁰⁴ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 202.

jurídicas estiverem presentes. E essas condições são justamente os princípios e as regras estabelecidos pela constituição. Ao mesmo tempo, a constituição só adquire um sentido perene se está situada em um ambiente radicalmente democrático"¹⁰⁵

Nesse sentido, para Vera Karam de Chueiri e Miguel. G. Godoy

por ser a constituição norma, seus princípios devem ser aplicados de maneira a comprometer todas as demais espécies normativas, especialmente através da interpretação que fazem os órgãos públicos legais e o próprio povo. Entretanto, nada disso seria suficiente sem a contrapartida democrática, pois a democracia também exerce o papel imprescindível de não acomodar o constitucionalismo em suas conquistas. Ao contrário, ela o tenciona a todo tempo, provocando-o e renovando-o através da aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretação, seja pelo povo ou pelo Poder Judiciário.¹⁰⁶

Dessa forma, o princípio constitucional e o princípio democrático, apesar de seu antagonismo, apenas subsistem em razão um do outro, pois se verificam os contrapesos da atuação de cada qual, permitindo-se aos cidadãos a manifestação de suas opiniões e vontades, sem que se ofendam seus direitos fundamentais, resguardando-se, também, a participação das minorias, mediante um processo democrático deliberativo e igualitário.

¹⁰⁵ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia. Soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-174, jan./jun., 2010. p. 171.

¹⁰⁶ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia. Soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-174, jan./jun., 2010. p. 166.

2 A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E A JUSTIÇA ELEITORAL

Nessa perspectiva, é possível inserir o Estado Democrático de Direito brasileiro, conformado pela Constituição da República de 1988, no contexto dessa evolução histórica, especialmente no momento neoconstitucionalista. A partir disso, igualmente não deixam de estar presentes hodiernamente o embate entre a soberania popular e o princípio democrático, em razão da instituição de uma efetiva jurisdição constitucional voltada à proteção dos preceitos constitucionais, especialmente no que tange aos princípios e direitos fundamentais.

Do mesmo modo, a Constituição de 1988 também prevê, no que se refere à organização do Estado, a divisão das funções estatais entre três órgãos de poder, independentes e harmônicos entre si, repartindo as competências entre eles e determinando seu arranjo interno. Na conformação atual, manteve-se em poder do Judiciário (o que ocorre desde 1932) a preparação e a realização das eleições, além da fiscalização do cumprimento das normas eleitorais, desdobrando-se em uma estrutura constituída exclusivamente para este fim: a Justiça Eleitoral.

2.1 ESTADO BRASILEIRO E CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 emergiu de um contexto de redemocratização do país, em que se clamava pela consagração das liberdades individuais e pela efetiva participação popular nas escolhas políticas. Isso porque, em 1964, o Brasil fora afetado pela instauração de uma ditadura militar, a qual persistiu por aproximadamente duas décadas.

Em 1985, finda a ditadura, elege-se, indiretamente, Tancredo Neves, governador do estado de Minas Gerais, para a Presidência da República, vindo a falecer antes de ser empossado no cargo, ao que é substituído por seu vice, José Sarney. Apesar de compor originalmente a base de apoio do regime militar, Sarney deu continuidade à promessa feita por Tancredo Neves de convocar uma Assembleia Nacional Constituinte para elaboração da nova carta política brasileira, cujo intento principal, como dito, era a redemocratização do país. Assim, o então presidente encaminhou proposta de emenda constitucional ao Congresso, convocando deputados e senadores para se reunirem em Assembleia Nacional

Constituinte (daí se dizer que fora formado, em verdade, um Congresso Constituinte, não uma Assembleia Nacional), no dia 01 de fevereiro de 1987.¹⁰⁷

Denominada "Constituição Cidadã" pelo então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães¹⁰⁸, vê-se que o atual diploma brasileiro, promulgado em 05 de outubro de 1988, se insere no movimento constitucional desenvolvido à época. Trata-se, portanto, de uma Constituição evidentemente escrita, de alta carga valorativa, rígida e dirigente, centrada na proteção dos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana.

Já no Preâmbulo da Constituição de 1988 é possível desde logo identificar "valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos" da sociedade brasileira, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça¹⁰⁹.

Logo no seu Título I ("Dos Princípios Fundamentais") se podem encontrar as opções políticas feitas pelo legislador quanto à organização inicial do Estado Brasileiro. O primeiro artigo já inicia afirmando que o país se funda em uma república federativa que constitui um Estado Democrático de Direito.

No Brasil, o regime republicano fora instaurado em 1889, quando de sua proclamação, em data de 15 de novembro, quebrando-se com o regime monárquico que até então vigia. No entanto, embora o princípio republicano se verifique na concepção de um governo ditado pelo povo, inclusive quanto à forma de escolha dos representantes, o advento da república no país se deu à margem da participação popular¹¹⁰. Apesar disso, o ideal republicano desde então conformou o Estado brasileiro, estando presente em todas as cartas constitucionais desde a de 1981.

O princípio republicano é princípio fundamental da ordem constitucional brasileira, consubstanciando a *forma de governo* do Estado brasileiro. Apesar de a forma republicana não figurar como limite explícito ao poder de reforma constitucional, a partir da realização do plebiscito previsto no art. 2º do Ato das

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 68, de 15.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 88-89.

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 89-90.

¹⁰⁹ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 8.

¹¹⁰ CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

Disposições Constitucionais Transitórias¹¹¹, no ano de 1993 (dado o exaurimento do conteúdo desse dispositivo), a república passou a ser cláusula pétrea implícita, impassível de abolição pelo poder de reforma da Constituição. Além disso, a violação ao princípio republicano pelos estados-membros é causa constitucional de intervenção federal, conforme preconiza o art. 34, inciso VII, alínea a^{112, 113}.

Ainda, a República Federativa do Brasil aponta como seus fundamentos (incisos do artigo primeiro) a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. A República brasileira pretende, além disso, como seus objetivos fundamentais (incisos do artigo terceiro), construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Presentes, portanto, os elementos caracterizadores propriamente de uma república, como a cidadania, o pluralismo, a solidariedade e a busca do bem comum.

Ademais, logo no caput do artigo primeiro, há a afirmação de que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito. A democracia e seus princípios integrantes, como a soberania popular, a separação e independência entre os órgãos de soberania, a participação democrática dos cidadãos e o sufrágio universal¹¹⁴, portanto, está na base de conformação do Estado brasileiro. Tanto assim o é que o exercício do voto direito, secreto e periódico é também cláusula pétrea da Constituição de 1988 (artigo 60, §4º, inciso II), estando imune, dessa forma, ao poder constituinte de reforma¹¹⁵.

Já o parágrafo primeiro desse artigo, por sua vez, consagra expressamente o princípio da soberania popular, ao afirmar que "todo poder emana do povo",

¹¹¹ Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País. A Emenda Constitucional nº 2, de 1992, no entanto, alterou a data de realização do plebiscito para 21 de abril de 1993.

¹¹² Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; (...).

¹¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 103.

¹¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003. p. 1090-1100.

¹¹⁵ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

tratando, logo em seguida, da participação popular no processo democrático. Nesse sentido, aduz que o exercício desse poder soberano poderá se dar de forma direta ou indireta.

Segundo José Afonso da Silva, "os constituintes optaram por um modelo de democracia representativa que tem como sujeitos os partidos políticos, que vão ser os protagonistas quase exclusivos do jogo político, com temperos de princípios e institutos de participação direta dos cidadãos no processo decisório governamental"¹¹⁶.

Na democracia indireta ou representativa, o povo escolhe seus representantes políticos (para os cargos do Poder Executivo e do Poder Legislativo) para que estes exerçam o poder em seu nome e em prol dos interesses da coletividade, mediante a construção de um processo eleitoral e por meio dos direitos políticos constitucionalmente assegurados (artigos 14 a 17 da Constituição Federal).

Além disso, há previsão constitucional para o exercício do poder de forma direta, na medida em que são previstos no texto da Carta Magna de 1988 os institutos do referendo, do plebiscito e da iniciativa popular de leis (artigo 14, *caput* e incisos). Para José Afonso da Silva, a legitimação do cidadão para propor ação popular (art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal) pode ser também considerada um instrumento de participação popular direta na instância política¹¹⁷.

A seu turno, em seu artigo segundo, a Constituição de 1988 consagra o ideal liberal da separação tripartite dos poderes da União em Legislativo, Executivo e Judiciário, dizendo-os independentes e harmônicos entre si.

A independência a que se refere o dispositivo significa que "a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros", que "no exercício das atribuições que lhe sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização", e que, "na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais"¹¹⁸. E são essas "disposições constitucionais e legais" que excepcionam o princípio.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 144.

¹¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 142.

¹¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 110.

James Madison já afirmou em *O Federalista* que o princípio da separação de poderes não é absoluto, e que a pretensão de completa dissociação entre os órgãos do poder é um ideal inatingível. Isso porque, cada um dos poderes deve se arvorar de mecanismos capazes de afastar as ingerências intentadas pelos demais. Ao mesmo tempo, há que se estabelecer um sistema de freios e contrapesos entre esses poderes, de modo que um fiscaliza a constitucionalidade e a legalidade dos atos cometidos pelo outro, "onde o objetivo constante é dividir e dispor as várias funções de tal modo que uma possa ter um controle sobre a outra"¹¹⁹.

No ordenamento constitucional brasileiro, essas disposições de mútuo controle e interferência na atividade um do outro podem ser encontradas, por exemplo, no artigo 103 da Constituição Federal, em que é dado ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos oriundos do Legislativo ou do Executivo, ou no artigo 62 e 68, que atribuem ao Presidente da República funções legislativas de caráter geral e abstrato, ou mesmo no artigo 52, inciso III, em que cabe ao Senado Federal (Poder Legislativo) aprovar ou não a escolha do Presidente da República para cargos a serem exercidos nos Tribunais judiciais, de Contas ou no Ministério Público.

Inobstante, essa relativização do princípio da separação de poderes só poderá ocorrer nos casos autorizados pela Constituição ou por lei que delegue a competência para outro órgão. Não sendo observados esses requisitos, haverá a usurpação de competência e conseqüente violação o texto constitucional. Tal é a sagração do princípio da separação de poderes na Constituição de 1988 que ele também compõe o rol dos limites materiais ao poder constituinte de reforma.

Ademais, sendo uma constituição rígida¹²⁰ e dirigente¹²¹, a Lei Maior brasileira contém extenso rol de direitos fundamentais individuais, sociais e políticos (Título II, artigos 5º a 17), bem como traz minúcias a respeito da organização do

¹¹⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 418.

¹²⁰ A rigidez está intimamente relacionada com a supremacia da Constituição, e essa superioridade se expressa pela "impossibilidade de o legislador ordinário modificar a Constituição, dispondo em sentido divergente do que o constituinte estatuiu". (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 70). Assim, a Constituição de 1988 disciplina uma liturgia específica para a modificação do texto constitucional, impondo um quorum qualificado para a aprovação da alteração, bem como limites formais, materiais e circunstanciais para a reforma (v. artigo. 60 da Constituição).

¹²¹ Aquelas que, para além de instituir a organização do poder, "traçam metas, programas de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico". (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71)

Estado, dos Poderes, das ordens tributária, financeira, econômica e social. A Constituição, ainda permite o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pelo Poder Judiciário, prevendo um sistema misto de revisão judicial, que combina, numa organização bastante peculiar, o controle concentrado e o controle difuso.

Finalmente, a Constituição Federal organiza a estrutura dos Poderes do governo, instituindo órgãos e competências para cada ramo. Assim, cumpre abordar o tratamento dado à Justiça Eleitoral na Constituição de 1988.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ELEITORAIS

A Constituição de 1988 é a norma suprema do ordenamento jurídico brasileiro, sendo o parâmetro de criação e de interpretação de todos os ramos do Direito. E assim também o é em relação ao Direito Eleitoral, operado por um ramo especializado do Poder Judiciário.

Marcelo Roseno de Oliveira afirma que "a judicialização dos sistemas de controle é apontada hodiernamente como um dos princípios básicos do Estado Constitucional Democrático de Direito"¹²², fenômeno denominado de "Direito Eleitoral transnacional" por Manuel Aragón, lecionando este que o direito eleitoral hoje se desenvolveu em todos os países democráticos, os quais obedecem aos mesmos princípios, formando uma espécie de direito eleitoral comum, princípios estes como a primazia do sistema representativo, a neutralidade das organizações eleitorais, a igualdade de oportunidade entre os candidatos, a universalidade, igualdade, liberdade e sigilo no exercício do sufrágio, assim como a judicialização dos sistemas de controle e verificação da regularidade das eleições¹²³.

No caso brasileiro, segundo Eneida Desiree Salgado, "o texto de 1988 alberga, além dos princípios fundamentais e gerais, princípios específicos de campos jurídicos. O Direito Eleitoral, como instrumento de realização dos princípios

¹²² OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 36

¹²³ ARAGÓN, Manuel. Derecho de sufragio: principio y función. In: NOHLEN, Dieter et al. (Comp.). *Tratado de derecho electoral de America Latina*. 2. ed. p. 178-197. México: FCE, 2007. p. 179.

republicano e democrático, também tem princípios próprios consagrados no texto constitucional"¹²⁴.

Sendo assim, o Direito Eleitoral é aquele que materializa os preceitos democráticos, republicanos e do próprio Estado de Direito, e que legitima o exercício do poder político, uma vez que estabelece as regras da disputa eleitoral. Essas regras, no entanto, devem extrair sua fundamentação do próprio texto constitucional. Isso porque, em um conjunto de normas eleitorais que estão em constante alteração, carente de coerência e sem nenhuma sistematização¹²⁵, a observância dos princípios (embora muitas vezes ela não ocorra) é fundamental para o exercício democrático, preceito tão caro à conformação do Estado brasileiro.

Nesse sentido, para compreender a dinâmica do Direito Eleitoral, importa trazer a identificação dos princípios estruturantes desse ramo do Direito.

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira identifica como "princípio-mor ou pedra angular", para ele, o mais significativo princípio do Direito Eleitoral, o princípio da anualidade eleitoral¹²⁶, insculpido no art. 16 da Constituição Federal. Segundo este princípio, somente terá eficácia a lei alteradora do processo eleitoral que entrar em vigor até um ano antes da realização das eleições. Antes da Emenda Constitucional nº 4, de 1993, a redação do artigo dizia que a entrada em vigor da norma apenas ocorreria após um ano de sua publicação.

Aqui, importa relevar o fato de que o novo dispositivo constitucional diferencia os momentos de vigência e de eficácia, conferindo maior técnica à redação do artigo¹²⁷. Neste caso, a norma é existente e válida dentro do ordenamento jurídico (sendo, portanto, vigente), na medida em que apenas poderá produzir efeitos ocorrendo a condição que lhe foi imposta. Trata-se, assim, de eficácia diferida¹²⁸.

¹²⁴ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 103.

¹²⁵ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 101 et seq.

¹²⁶ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral*. t. 1. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 1.

¹²⁷ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral*. t. 1. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 2.

¹²⁸ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 86.

Na lição de José Jairo Gomes, "[e]ssa restrição tem em vista impedir mudanças casuísticas na legislação eleitoral que possam surpreender os participantes do certame que se avizinha, beneficiando ou prejudicando candidatos". Ainda, para ele, o princípio tem por objetivo "propiciar estabilidade e segurança jurídica acerca das normas a serem observadas"¹²⁹, opinião da qual compartilham Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra¹³⁰.

Segundo Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, o princípio a anualidade eleitoral constitui limite implícito ao poder de reforma constitucional, pois a "muralha" na proteção da democracia não pode ser excepcionada pelos casuísmos via emenda constitucional¹³¹.

Já para Eneida Desiree Salgado, a anterioridade anual em matéria eleitoral compõe um princípio ainda maior, que é o princípio da legalidade específica em matéria eleitoral. Segundo ela, assim como nas esferas penal e tributária, por exemplo, o Direito Eleitoral só passa a existir no mundo jurídico (ou, ao menos, deveria) por meio do processo legislativo, pela produção normativa do Parlamento. Aqui, a lei é tratada em sentido estrito, como "regras derivadas de um processo democrático de deliberação parlamentar, a partir da arena política formada por representantes das correntes de opinião da sociedade"¹³².

No entanto, não raras vezes ocorre de a Corte Superior Eleitoral editar resoluções com normas de caráter geral e abstrato (o que, por si só, já traz inconstitucionalidades), a serem aplicadas nas eleições a que se destinam, com um interregno menor do que um ano, em violação ao aventado artigo 16 da Constituição¹³³. Assim ocorreu no caso da instrução do Tribunal Superior Eleitoral que passou a exigir a aprovação de contas de campanhas passadas (que há muito haviam sido julgadas) para a concessão da quitação eleitoral, sem a qual não se pode concorrer ao pleito.

¹²⁹ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 214.

¹³⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 48.

¹³¹ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral*. t. 1. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 8.

¹³² SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 285 e 297.

¹³³ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 289 et seq.

Além disso, o princípio da legalidade específica em matéria eleitoral revela a inconstitucionalidade do suposto poder normativo da Justiça Eleitoral. De acordo com J. J. Gomes Canotilho, a Justiça Eleitoral não dispõe de competência legislativa, tampouco regulamentar, pois competências normativas devem advir do texto constitucional¹³⁴, o que não ocorre com a Justiça Eleitoral Brasileira (embora a Constituição anterior assim dispusesse), mas ocorre, por exemplo, com a Justiça do Trabalho e o Conselho Nacional de Justiça¹³⁵.

Assim, Eneida Desiree Salgado revela que

Se há previsão constitucional de competência normativa em relação à Justiça do Trabalho e de competência regulamentar do Conselho Nacional de Justiça, em matéria eleitoral a Constituição adota a estrita legalidade, afastando a criação de regras eleitorais fora do Parlamento. Não cabe, em caso algum, ao Poder Judiciário, seja pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelo Tribunal Superior Eleitoral, "aprimorar" a legislação eleitoral e as instituições políticas, nem sequer expedir resoluções. A Constituição reserva à lei complementar a definição da organização e competência da Justiça Eleitoral.¹¹³⁸ Até a edição dessa lei, o Código Eleitoral é considerado (parcialmente) lei complementar para os fins da exigência constitucional. E prevê, junto com a Lei dos Partidos Políticos e com a Lei das Eleições, a edição de instruções (e não de regulamentos) pelo Tribunal Superior Eleitoral.¹³⁶

Se a própria edição de resoluções é, a seu ver, inconstitucional por falta de previsão expressa no texto da Constituição, a "extrapolação na atividade 'interpretativa', com a 'revelação' de novas normas jurídicas" é inconstitucional por configurar verdadeira usurpação de competência¹³⁷, uma vez que é dado somente ao Parlamento inovar na ordem jurídica eleitoral.

De todo modo, ainda que se permita à Justiça Eleitoral editar resoluções "decorrentes do poder regulamentar do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, [estas] devem limitar-se a preencher e interpretar as normas do Código Eleitoral, e das leis

¹³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 773-774.

¹³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 81-82.

¹³⁶ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 288-289.

¹³⁷ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 290

eleitorais (...)", sendo, dessa forma, "apenas atos normativos secundários ou de natureza interpretativa"¹³⁸.

Não cabe, portanto, à jurisdição eleitoral elaborar normas de caráter geral e abstrato, constituidoras de direitos e obrigações em relação a particulares, pois essa é uma atividade a ser estritamente exercida pelo Poder Legislativo.

Ademais, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira entende que no princípio da estrita legalidade eleitoral está compreendido o princípio da vedação da restrição de direitos políticos, ou princípio da tipicidade eleitoral. De acordo com este postulado, "[n]o Direito Eleitoral brasileiro, onde não estiver restringido direitos políticos, não cabe ao intérprete fazê-lo"¹³⁹.

Outro princípio bastante aludido pelos doutrinadores é o princípio da moralidade eleitoral, que pode ser localizado pelo nome de probidade, ou isonomia, ou numa forma mais ampla, de autenticidade eleitoral.

Para José Jairo Gomes e Marcos Ramayana, o princípio da moralidade está previsto no artigo 14, §9º, da Constituição de 1988¹⁴⁰⁻¹⁴¹. Este dispositivo prevê a instituição de causas de inelegibilidade¹⁴² por lei complementar, "a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta".

Este princípio tem por finalidade afastar da disputa eleitoral todo aquele que tenha praticado condutas imorais, antiéticas, ímprobas, ilegais, no exercício ou não de um mandato eletivo, e que, portanto, não gozará da legitimidade necessária para a realização do *múnus público* que lhe poderia ser conferido nas eleições. Para José

¹³⁸ RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. e atual. até a Lei da Minirreforma Eleitoral nº 11.300/2006. Niterói: Impetus, 2006. p. 81.

¹³⁹ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral*. t. 1. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 34.

¹⁴⁰ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54.

¹⁴¹ RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. e atual. até a Lei da Minirreforma Eleitoral nº 11.300/2006. Niterói: Impetus, 2006. p. 56.

¹⁴² Segundo Adriano Soares da Costa, "Todo eleitor que não atenda aos pressupostos legais de elegibilidade, deixando de obter o registro de candidato, é inelegível, vale dizer, não possui o *ius honorum*. A inelegibilidade, de conseguinte, não é perda de direitos políticos (*ius suffragii*) se têm. A inelegibilidade é a ausência do direito a ser votado (*ius honorum*), ou porque não se obteve o registro de candidato, ou porque a elegibilidade (direito de ser votado), que se tinha, lhe foi retirada. Destarte, há a *inelegibilidade inata* (original), natural aos que não providenciaram os meios para adquirir a elegibilidade; e a *inelegibilidade cominada* (ocasional) provocada pela ocorrência de algum fato ilícito sob a óptica eleitoral". (COSTA, Adriano Soares. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8. ed. rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009 p. 27)

Jairo Gomes, a legitimidade é um princípio eleitoral apartado da moralidade e da probidade (embora todos estejam revelados no art. 14, §9º, da Constituição Federal), reconhecido como a justeza no exercício do mandato, contando com o referendo popular para tal, não somente o refendo inerente ao procedimento do certame, mas aquele decorrente da confiança do povo em agir conforme os preceitos morais da sociedade¹⁴³.

A lei que regulamente o dispositivo constitucional é a Lei Complementar nº 64/90, alterada pela Lei Complementar nº 135/2010, apelidada "Lei Ficha Limpa", pois amplia as causas de inelegibilidade e aumenta o tempo pelo qual elas devem vigorar.

Para Eneida Desiree Salgado, o princípio da moralidade (ou da legitimidade, ou da isonomia) significa a fidedignidade da representação, elemento que compõe um princípio ainda maior, o da autenticidade eleitoral.

Segundo ela, a fidedignidade da representação igualmente se revela no afastamento da disputa eleitoral, por meio da declaração de inelegibilidades, aqueles que infringirem os preceitos de "conduta moral" previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional, tomando-se em conta sua vida pregressa. Em sua visão, tanto quanto as causas de inelegibilidade, a formação de coligações e o não exercício da função para a qual o sujeito foi eleito também violam a confiança do eleitor, deslegitimando a representação.¹⁴⁴

Isso porque o princípio da autenticidade eleitoral cuida da "genuinidade, da sinceridade da democracia", da "formação da vontade política sem vícios e sem distorções", em atenção aos ideais democráticos e republicanos. Em sua visão, para que haja autenticidade eleitoral, a liberdade e a igualdade devem ser asseguradas aos cidadãos, especialmente no que diz com a liberdade do voto e a igualdade do voto.¹⁴⁵

¹⁴³ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 53-56.

¹⁴⁴ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 128 et seq.

¹⁴⁵ A liberdade do voto é assegurada principalmente em razão do sigilo na votação; já a igualdade do voto traz em si o ideal republicano, não significando apenas o mesmo peso de voto conferido a todos os cidadãos, mas reflete também o necessário igual respeito e consideração para o desenvolvimento de uma democracia, além da igual possibilidade de participação popular nas decisões políticas. (SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 108-115)

Compreende a autenticidade eleitoral também a veracidade do escrutínio, que significa a correspondência entre o resultado que emerge das urnas e as escolhas realizadas pelo povo, por meio da coibição das fraudes na votação, assim como a liberdade de expressão e associação, e na formação de opinião dos indivíduos, de modo que se verifica ilegítima uma escolha pautada no carisma, na reputação ou no preparo do candidato, pois com isso se enseja a instrumentalização do poder político.¹⁴⁶

Além disso, há o princípio da isonomia e da lisura das eleições.

Segundo Marcos Ramayana, "[a] preservação da intangibilidade do voto e da igualdade de todos os candidatos perante a lei eleitoral e na propaganda política eleitoral ensejam a observância ética e jurídica desse princípio básico do Direito Eleitoral", qual seja, o princípio da lisura das eleições. Para ele, "eleições corrompidas, viciadas, fraudadas e usadas como campo fértil da proliferação de crimes e abusos do poder econômico e/ou político atingem diretamente a soberania popular"¹⁴⁷. Para Marcus Vinícius Furtado Coêlho, o princípio da lisura das eleições se encontra encartado no art. 23 da Lei Complementar nº 64/90¹⁴⁸, relacionado ao procedimento das ações de investigação judicial eleitoral (aplicável também a outras demandas previstas na lei eleitoral).¹⁴⁹

O princípio da isonomia no Direito Eleitoral, por sua vez, reza que "os concorrentes a cargos político-eletivos devem contar com as mesmas oportunidades, ressalvadas as situações previstas em lei – que têm em vista o resguardo de outros valores – e as naturais desigualdades que entre eles se verificam"¹⁵⁰. A disputa eleitoral, portanto, "deve ser pautada pela igualdade de oportunidades e pela lisura dos meios empregados nas campanhas sem privilégios em favor de determinada candidatura"¹⁵¹.

¹⁴⁶ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 119 et seq.

¹⁴⁷ RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. e atual. até a Lei da Minirreforma Eleitoral nº 11.300/2006. Niterói: Impetus, 2006. p. 56.

¹⁴⁸ Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

¹⁴⁹ COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. *Direito Eleitoral e Processo Eleitoral: direito penal eleitoral e direito político*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p. 93.

¹⁵⁰ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 56.

¹⁵¹ COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. *Direito Eleitoral e Processo Eleitoral: direito penal eleitoral e direito político*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p. 92-93.

Na ótica de Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, o princípio da isonomia é compreendido na sua faceta processual, assegurando-se a isonomia entre os candidatos de acesso ao Poder Judiciário e de igualdade perante o juiz eleitoral, o qual lhes deve dispensar tratamento isonômico¹⁵². O princípio da isonomia aplicável à matéria eleitoral está albergado no caput do artigo 5º da Constituição de 1988.

Correspondente a esses princípios, Eneida Desiree Salgado traz o princípio constitucional eleitoral da máxima igualdade na disputa eleitoral. Segundo este princípio, o sistema eleitoral deve estar voltado à proibição de práticas que possam, de algum modo, desequilibrar o pleito, atribuindo vantagens indevidas a um ou outro candidato, o que se relaciona intimamente com a moralidade e a autenticidade do voto, expressando, igualmente, os valores da república e da democracia.¹⁵³

A legislação coíbe as formas de abuso do poder econômico, político ou abuso dos meios de comunicação que tenham notável potencialidade lesiva do certame eleitoral, assim como institui parâmetros para a realização da propaganda política, impedindo ofensas pessoais (assegurando o direito de resposta), estabelecendo limites às emissoras de rádio e televisão (sendo elas penalizadas se demonstrarem algum favorecimento ou depreciação a determinado candidato, pois, concessionárias de serviço público, têm o dever de se isentar de opiniões tendenciosas¹⁵⁴), assim como à própria propaganda de rua, delimitando locais de afixação de placas e cavaletes e requisitos e identificação da propaganda impressa.

Ainda, Marcos Ramayana estabelece um paralelo entre o princípio da lisura das eleições com o princípio do aproveitamento do voto. Segundo ele, este último princípio deve pautar a atuação da Justiça Eleitoral de modo a sempre preservar a soberania popular, adotando-se o postulado do *in dubio pro voto*¹⁵⁵.

Além disso, na teoria de Eneida Desiree Salgado, há a previsão de dois mais princípios constitucionais eleitorais.

¹⁵² CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral*. t. 1. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 49.

¹⁵³ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 247 et seq.

¹⁵⁴ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 364.

¹⁵⁵ RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. e atual. até a Lei da Minirreforma Eleitoral nº 11.300/2006. Niterói: Impetus, 2006. p. 33.

O primeiro diz respeito à liberdade para o exercício do mandato. A partir desse princípio, entende-se que o representante não está adstrito ao cumprimento daquilo que lhe foi expressamente autorizado pelos outorgantes de seu mandato, significando que o sistema de representação brasileiro não é compatível com um mandato vinculativo, que pode ser revogado caso não sejam atendidas as condições reivindicações impostas pela parcela que o elegeu. Isso porque, o mandatário é um representante do povo plural, não de interesses unívocos de uma parcela da população.

Nesse sentido, a titularidade do mandato é de fato do mandatário, "jurídica e politicamente", que atua de forma livre, sem que seja instado a obedecer a instruções do eleitorado ou de partidos políticos. Daí a absoluta inconstitucionalidade material (para além da inconstitucionalidade formal) de que se reveste a Resolução nº 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral (declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal), que pressupõe ser o mandato representativo pertencente ao partido e não ao mandatário, criando a hipótese de perda de mandato por desfiliação partidária, apesar de ser mais do que evidente na realidade brasileira que o eleitor escolhe um candidato, uma pessoa, não um partido ou uma ideologia¹⁵⁶.

A seu turno, o segundo princípio constitucional eleitoral trata da necessária participação das minorias no debate público. Esse princípio parte do pressuposto que "[a] todos deve ser reconhecida a liberdade de participação"; não basta, contudo, que haja a mera possibilidade dessa participação, mas ver participação efetiva. Na linha de Roberto Gargarella, as minorias (não necessariamente numéricas, mas aqueles grupos que não tenham acesso ao poder) devem ter "presença efetiva" nas decisões políticas¹⁵⁷. Aqui, o pluralismo político é o objetivo a ser alcançado com a participação das minorias no debate público, o que pressupõe, entre outros fatores, a liberdade na criação de partidos políticos, norteados por sua ideologia¹⁵⁸ (embora hoje os ideais partidários no Brasil sejam um tanto turvos).

¹⁵⁶ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 143 et seq.

¹⁵⁷ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. Um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [1999], p. 173-174.

¹⁵⁸ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 217 et seq.

Ademais, José Jairo Gomes apresenta os como princípios fundamentais de Direito Eleitoral os princípios democrático, republicano, federativo, além dos princípios do Estado Democrático de Direito, da soberania popular e do sufrágio universal¹⁵⁹.

Por fim, são previstos também para o Direito Eleitoral princípios de ordem processual, comuns na lição de todos os doutrinadores apresentados, tais como o princípio da celeridade, da irrecorribilidade das decisões do TSE, da imparcialidade do juiz, do impulso oficial, entre tantos outros. Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira traz, inclusive, princípios do Direito Penal e do Processo Penal aplicáveis ao Direito Eleitoral, como o princípio do juiz natural, da individualização das penas, da judiciabilidade das provas, da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública etc. (dada a competência da justiça eleitoral para julgar os crimes eleitorais previstos na legislação¹⁶⁰)¹⁶¹.

2.3 CARACTERÍSTICAS E COMPETÊNCIAS DA JUSTIÇA ELEITORAL

Exposta em linhas gerais a origem da Constituição da República atual, bem como suas características mais marcantes, importa tratar agora do surgimento da Justiça Eleitoral no Brasil e das competências que lhe foram atribuídas pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, tendo em vista que o processo eleitoral para escolha dos representantes é o meio por excelência, no regime brasileiro, de se extrair a vontade popular, em atenção ao princípio democrático.

Marcelo Roseno de Oliveira afirma que

Impossível, de fato, é admitir como verdadeiramente democrático – ao menos do ponto de vista da representação – um sistema político que não esteja fundado na lisura das eleições. A confiabilidade dos resultados compõe a base da democracia representativa, não obstante a ela se devam somar a competitividade entre os postulantes e, fundamentalmente, o amplo direito ao sufrágio. É do que lembra Maria Tereza Aina Sadek, ao acentuar que um sistema político será tão mais democrático quanto menos restritivos forem os direitos à participação e à escolha entre ofertas políticas diferentes, e quanto mais capazes se mostrarem de produzir efeitos na composição ou na orientação do poder.¹⁶²

¹⁵⁹ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 35.

¹⁶⁰ Artigos 22, inciso I, alínea d, 29, inciso I, alínea d, e 35, inciso II, todos do Código Eleitoral.

¹⁶¹ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral*. t. 1. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 63-83.

¹⁶² OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 23

Nesse sentido, visando a garantir a lisura do processo eleitoral para que se alcance a verdade da vontade popular na escolha de seus representantes, concebeu-se a instituição de um órgão específico para tomar a frente da organização, apuração de resultados e solução de litígios referentes ao certame eleitoral. Formou-se, então, a Justiça Eleitoral, sistema caracterizado como de jurisdição especializada.

Jorge Miranda informa que os Tribunais Constitucionais, em grande parte dos países da Europa, são responsáveis pela apreciação da validade e regularidade do processo eleitoral, tratando-se, portanto, de verdadeira (ainda que assim não se denomine) justiça eleitoral¹⁶³.

No contexto brasileiro, de acordo com Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra, "a Justiça Eleitoral foi fruto da Revolução de Trinta, que teve como um de seus objetivos a moralização do procedimento eleitoral"¹⁶⁴, anteriormente organizado e realizado pelo Poder Legislativo. Isso porque, segundo esses autores, era relativamente comum que candidatos regularmente eleitos tivessem simplesmente negada sua diplomação pelo Poder Legislativo, a demonstrar a fragilidade do sistema eleitoral anterior, notadamente na época da República Velha, em que imperavam as fraudes flagrantes, a corrupção e o voto de cabresto¹⁶⁵.

Sendo assim, a Justiça Eleitoral foi instituída pelo primeiro Código Eleitoral brasileiro, de 1932, sendo posteriormente incorporada à Constituição de 1934. Para José Afonso da Silva, "sua criação visou a substituir o então *sistema político* de aferição de poderes (feita pelos órgãos legislativos), pelo *sistema jurisdicional*, em que se incluíam todas as atribuições referentes ao direito político-eleitoral"¹⁶⁶.

¹⁶³ MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003. P. 192.

¹⁶⁴ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 15.

¹⁶⁵ Segundo Eduardo Bueno, nas eleições de 1930, em que concorreram Júlio Prestes, de São Paulo, e Getúlio Vargas, gaúcho (rompendo-se, portanto, com o acordo entre mineiros e paulistas da República do Café-Com-Leite), este último sendo apoiado pelo governo de João Pessoa, da Paraíba, "embora, nesse Estado, a Aliança Liberal [partido de Getúlio Vargas] tivesse vencido a chapa de Prestes por uma média de três votos a um, nenhum aliado de Pessoa foi empossado pela comissão verificadora do Congresso – enquanto os candidatos paraibanos pró-Prestes conseguiam seis cadeiras (uma no Senado e cinco na Câmara)". (BUENO, Eduardo. *Brasil: uma história*. São Paulo: Ática, 2004. p. 323.).

¹⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012. p. 581.

Essa alteração de competências para organização do prélio eleitoral, explica Adriano Soares da Costa, se deu pelo fato de que deixar a organização das eleições a cargo dos Poderes cujos mandatos estariam em disputa (Executivo e Legislativo) poderia macular a seriedade e a lisura do pleito, dando espaço a manobras de corrupção, como tanto já ocorreu no curso da História brasileira. A escolha, portanto, foi deslocar a realização das eleições para um órgão que não esteja subordinado hierarquicamente aos demais, no caso, o Poder Judiciário¹⁶⁷. Assim, a criação da Justiça Eleitoral muito significou quanto ao “esforço de moralização do Estado brasileiro”¹⁶⁸.

Após estar presente na Constituição de 1934, a Justiça Eleitoral foi abolida em 1937, sendo reincorporada ao texto constitucional apenas em 1946¹⁶⁹. A partir de então, essa instituição, que em 2012 completa seus 80 anos, jamais deixou de figurar na organização do Poder Judiciário brasileiro. Assim, a Justiça Eleitoral também está presente na Constituição Federal de 1988 (com singelas alterações em relação ao texto da “Constituição” de 1969¹⁷⁰), no capítulo que trata da organização do Poder Judiciário, conformando-se nos artigos 118 a 121 da Carta Magna.

A simples leitura dos dispositivos citados permite concluir que a Constituição Federal se limita a estabelecer a composição dos órgãos integrantes da Justiça Eleitoral (artigos 118 a 120)¹⁷¹, a determinar as garantias dos juízes eleitorais, como a inamovibilidade (art. 121, §1º) e o tempo pelo qual servirão à Justiça Eleitoral (dois

¹⁶⁷ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8. ed. rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. P. 252

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 55

¹⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 1056

¹⁷⁰ Luís Roberto Barroso ensina que a estrutura da Justiça Eleitoral na Constituição de 1988 em nada se difere daquela elaborada pelo regime militar, à exceção de que ela apenas “reintroduziu o voto direto secreto e universal para a Presidência da República (art. 77), transformando em cláusula pétrea (art. 60, §4º, II), insuscetível de supressão do texto constitucional, Além disso, estabeleceu a eleição em dois turnos na hipótese de nenhum candidato alcançar a maioria absoluta na primeira votação, de modo que os dois candidatos mais votados no primeiro escrutínio habilitam-se para a disputa em segundo turno (art. 77, §§ 2º e 3º)”. (BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição Brasileira de 1988 (Uma breve e acidentária história de sucesso) In: _____. *Temas de Direito Constitucional*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 17). Marcelo Roseno de Oliveira, por sua vez, faz apontamentos quanto à modificação da composição das cortes eleitorais, como o TSE, que hoje contempla membros do Superior Tribunal de Justiça e cidadãos dentre os advogados, com notável saber jurídico e reputação ilibada, e como os TREs que, quando sua capital-sede também seja sede de um Tribunal Regional Federal, um desembargados deste deverá compor aquela Corte. (OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 73-73)

¹⁷¹ Acerca dos órgãos que compõem a Justiça Eleitoral, esta é formada por um Tribunal Superior Eleitoral (TSE), pelos Tribunais Regionais Eleitorais, pelos juízes eleitorais e pelas juntas eleitorais.

anos, prorrogáveis por mais dois, e nunca por mais de dois biênios consecutivos – art. 121, §2º) e delimitar apenas uma parte das competências que lhe cabe, notadamente quanto às hipóteses de interposição de recursos em face dos processos e decisões administrativos ou judiciais (art. 121, §§ 3º e 4º). O estabelecimento das demais competências da Justiça Eleitoral, bem como a organização mais pormenorizada de seus órgãos, de acordo com o *caput* do art. 121, fica a cargo de lei complementar.

Ocorre que essa "lei complementar" a que alude a Constituição Federal jamais foi editada, restando à Lei nº 4.737/65, que instituiu o Código Eleitoral atualmente vigente, regulamentar o dispositivo constitucional. A expressão lei complementar está definida entre aspas devido ao fato de que a Lei nº 4.737, publicada em 1965 (sendo parcialmente alterada pela Lei Complementar nº 86/96, que atribui ao tribunal Superior Eleitoral a competência para julgar ação rescisória eleitoral), não cuida originalmente de lei complementar, mas de lei ordinária. No entanto, como a Constituição Federal determina que a disposição sobre competências da Justiça Eleitoral (constantes na referida lei) deverá ficara a cargo de lei complementar, a parte do Código Eleitoral que dispõe sobre competências (e apenas esta) foi recepcionada como tal pela Constituição, sendo os demais dispositivos recepcionados apenas na qualidade de lei ordinária, como o são originalmente.¹⁷²

Destarte, a Justiça Eleitoral, apesar de estar compreendida no corpo do Poder Judiciário, não exerce apenas atividade judicante (que é sua função típica)¹⁷³: para além das competências constitucionalmente previstas, a Justiça Eleitoral “assume todas as atribuições relativas ao processo eleitoral, seja quanto à administração da eleição (elaboração do cadastro de eleitores, preparação de

¹⁷² OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 93.

¹⁷³ Para Carlos Velloso e Walber Agra, “[a] Justiça Eleitoral desenvolve, no exercício de suas atividades, funções típicas e atípicas. Funções típicas são inerentes à atuação da jurisdictio, ou seja, de dizer o direito no caso concreto, sendo protegidas suas decisões sob o manto da coisa julgada depois de certo tempo. Funções atípicas são as que não ostentam cunho jurisdicional contencioso, apresentam natureza jurisdicional voluntária, consubstanciando-se em atos preparatórios para a realização das eleições, como, por exemplo, as tarefas necessárias para o alistamento e o registro eleitoral”. (VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 12-13).

mesas receptoras, controle da propaganda eleitoral, votação, apuração etc.) (...).”¹⁷⁴, assim como a proclamação e a diplomação dos eleitos, tomada de contas dos partidos políticos e candidatos, entre tantos outros atos administrativos necessários à adequada condução do processo eleitoral.

Nesse sentido, Olivar Coneglian afirma que a Justiça Eleitoral pode ser qualificada como “Poder Executivo das eleições”, na medida em que o juiz eleitoral atua como juiz e como executor das normas eleitorais¹⁷⁵. Para Roseno,

Vê-se que atualmente se potencializa a atuação jurisdicional da Justiça Eleitoral brasileira, especialmente a desenvolvida no âmbito contencioso, com a cassação de mandatos, em movimento que se denominou “terceiro turno” das eleições, e que é contestado sob a pecha de contramajoritário. Ainda assim, não se pode perder de vista o fato de que a administração das eleições ocupa a maior parte do extenso rol de atribuições da Justiça Eleitoral – podendo-se cogitar mesmo em uma preponderância das atividades executivas –, para o que se desenvolveu no Brasil um corpo administrativo próprio (em atividade nos cartórios eleitorais, secretarias de tribunais, corregedorias), comandado por magistrados eleitorais, que exercer cumulativamente as funções administrativa e jurisdicional.¹⁷⁶

Além disso, paralelamente às funções jurisdicional e administrativa, a Justiça Eleitoral também exerce função consultiva e, discutivelmente, função normativa. A primeira, prevista no art. 23, inciso XII (para o TSE), e no art. 30, inciso VIII (para os TREs), do Código Eleitoral, permite a formulação de consultas sobre matéria eleitoral em tese, perante o TSE, por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político, e perante os TREs, por autoridade pública ou partido político, genericamente¹⁷⁷. Esta é uma competência bastante peculiar da Justiça Eleitoral, algo que não cabe a nenhum outro setor do Poder Judiciário.

A segunda trata da competência da Justiça Eleitoral, notadamente do Tribunal Superior Eleitoral, para expedir “normas que garantam a execução da legislação eleitoral”, conforme permitem os artigos 1º, parágrafo único, e 23, inciso IX, do Código Eleitoral, bem como o art. 105 da Lei nº 9.504/97. Estas normas, de caráter meramente regulamentar, se prestam tão somente a adequar a lei eleitoral

¹⁷⁴ CONEGLIAN, Olivar. A justiça eleitoral: o poder executivo das eleições, uma justiça diferente. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo: doutrina e jurisprudência*. p. 57-75. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 66.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 77.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 76.

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 91

ao contexto da eleição que pretende regular, sem que lhe seja possível inovar na ordem jurídica¹⁷⁸. No entanto, recorrentemente o TSE, com respaldo do Supremo Tribunal Federal, faz de sua competência normativa um mecanismo para alterar, à sua liberalidade, as regras do jogo democrático.

Desse modo, apesar do reconhecimento dessas quatro formas de atuação da Justiça Eleitoral, a defasagem da legislação que norteia o regime de suas competências, assim como suas notáveis lacunas, acaba por criar “zonas de penumbra” quanto às situações devem ser objeto da jurisdição eleitoral¹⁷⁹. E é nesse contexto de indefinição exata das competências, associado aos procedimentos peculiares que envolvem a Justiça Eleitoral, que se desenvolve uma postura ativista da Corte Superior Eleitoral.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 92.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 95.

3 O ATIVISMO JUDICIAL NA JURISDIÇÃO ELEITORAL

Como visto, a Justiça Eleitoral possui um papel bastante significativo no Estado Democrático brasileiro. Além de sua atividade judicial contenciosa, dirimindo conflitos entre candidatos, partidos políticos e coligações em relação às normas eleitorais, sem perder de vista, ainda, sua peculiar competência consultiva e a discutível competência regulamentar, os juízes e tribunais eleitorais também exercem função administrativa, como as de cadastramento dos eleitores e organização, realização e fiscalização do pleito.

Sabedor desse fundamental papel que exerce (seja ele administrativo, judicial, consultivo ou regulamentar), o Tribunal Superior Eleitoral, autointitulado Tribunal da Democracia¹⁸⁰, não raramente exorbita de sua competência em nome da moralização do escrutínio e da proteção do eleitor contra os maus políticos, para praticar verdadeira atividade legiferante conforme seu próprio ideário, independentemente, muitas vezes, do que diz o texto de lei ou a própria Constituição.

Esse protagonismo do Poder Judiciário, que se iniciou, em verdade, no Supremo Tribunal Federal (e onde se manifesta mais explícita e comumente), expandindo-se às demais cortes, como a Eleitoral, é decorrência da associação de várias causas que levam à chamada judicialização da política e ao ativismo judicial, os quais são merecedores de análise e também de crítica.

3.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A Constituição brasileira de 1988 institui um Estado Democrático de Direito fundado em princípios fundamentais de organização do Estado e de limitação no exercício do poder, e na garantia dos direitos fundamentais. Antes, no Estado Liberal, a Constituição era mero documento político, não dotado de efetividade e que continha meras recomendações, não normas aplicáveis diretamente, de modo que a

¹⁸⁰ Cf. sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/> >. Acesso em 08 dezembro 2012.

lei e o Parlamento ditassem as regras. Neste modelo, o controle de constitucionalidade era ainda incipiente.¹⁸¹

Com o advento do Estado Constitucional, no momento pós-guerra, a Constituição passa a ter valor de norma jurídica, visando a garantir os princípios e direitos fundamentais, zelar pelo cumprimento das regras e normas programáticas nela encartadas, por meio da atuação do Poder Judiciário. Assim, coube à jurisdição constitucional a salvaguarda dos preceitos abarcados pela Constituição e a censura dos atos que se revelarem a ela contrários.

Para Luís Roberto Barroso, "jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais"¹⁸², a qual se manifesta, para este doutrinador, de algumas formas diferentes, como "na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição"¹⁸³.

Dessa forma, considerando que a Carta Magna brasileira é analítica, compromissária e abrange uma quantidade considerável de direitos judicializáveis, chegam ao Poder Judiciário diariamente inúmeras causas para apreciação, e muitas delas se relacionam a questões políticas e morais em temas controvertidos da sociedade, "ilustrando a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo"¹⁸⁴.

Nesse contexto, o Poder Judiciário acaba por assumir certo protagonismo na resolução de questões de interesse social, retirando o debate, muitas vezes, das instâncias democráticas. E Isso não alcança apenas o modelo brasileiro, mas revela, em verdade, uma tendência mundial¹⁸⁵, iniciada com o *judicial review* americano.

Sobre isso, Gisele Cittadino afirma que

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 01 dezembro 2012.

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 01 dezembro 2012.

¹⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 01 dezembro 2012.

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

¹⁸⁵ Luís Roberto Barroso traz exemplos de decisões pró-ativas das cortes constitucionais nos Estados Unidos, no Canadá, em Israel, na Turquia, na Hungria, entre outros (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91)

[a] expansão da ação judicial é marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas. O protagonismo do Poder Judiciário pode ser observado tanto nos Estados Unidos como na Europa, ainda que nos países da *common law* esse ativismo seja mais favorecido pelo processo de criação jurisprudencial do direito. De qualquer forma, mesmo nos países de sistema continental, os textos constitucionais, ao incorporar princípios, viabilizam o espaço necessário para interpretações construtivistas, especialmente por parte da jurisdição constitucional, já sendo até mesmo possível falar em um 'direito judicial'.¹⁸⁶

Há, portanto, uma expansão da atuação do Poder Judiciário quanto este passa a decidir sobre questões sociais que originalmente eram discutidas nas instâncias políticas tradicionais. A esse fenômeno dá-se o nome de "judicialização da política"¹⁸⁷. Por ser um acontecimento que ganha espaço em diversos países do mundo¹⁸⁸, doutrinadores buscam apresentar as causas desse acontecimento, entendendo-se que algumas características são consideradas comuns a todos os ordenamentos jurídicos, enquanto outras são manifestações específicas do sistema brasileiro.

Vanice Regina Lírio do Vale traz as visões de Ernani Rodrigues de Carvalho, Marcus Faro de Castro, José Eisenberg, Ran Hirshl e Alec Stone Sweet sobre as circunstâncias que levaram as Cortes Constitucionais de diversos países a incorrer na judicialização da política, ou mesmo a promoverem¹⁸⁹. Para Ernani Rodrigues de Carvalho, seis são as condições que permitiram a instalação e a consolidação dessa judicialização: a existência de um sistema político democrático, a separação de poderes, o exercício dos direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de

¹⁸⁶ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista Alceu*, Rio de Janeiro, v. 5. n.9. jul./dez. 2004. p. 105

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

¹⁸⁸ Luís Roberto Barroso cita alguns exemplos: "No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 200 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*." (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91).

¹⁸⁹ VALE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal* – Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 32-36

interesse, o uso dos tribunais pela oposição e a inefetividade das instituições majoritárias¹⁹⁰.

Já Marcus Faro de Castro aponta como causas da judicialização da política a constitucionalização do Direito após a 2ª Guerra Mundial, a reabordagem da legitimação dos direitos humanos, o exemplo dado pela Suprema Corte americana e a forma europeia de controle concentrado de constitucionalidade¹⁹¹.

Para José Eisenberg, por sua vez, dois são os movimentos que compõem o complexo processo de judicialização da política: o primeiro cuida de uma "politização do Judiciário", na medida em que o poder decisório se transfere do Poder Executivo e Legislativo para os juízes; o segundo se identifica com uma "tribunalização" da política, em que os métodos decisórios típicos do Poder Judiciário acabam sendo utilizados pelos outros Poderes¹⁹².

Ainda, Ran Hirshl também identifica a judicialização da política (por ele denominada "juristocracia") como uma transferência progressiva de poderes do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, movimento este acompanhado pela crítica das elites políticas, jurídicas e econômicas à premissa majoritária da democracia contemporânea¹⁹³. Segundo Vanice Regina Lírio do Vale, Ran Hirschl retira o debate acerca da judicialização da política do campo meramente jurídico-filosófico, "trazendo-o para uma abordagem político-institucional, o que enriquece a interpretação dessa temática"¹⁹⁴.

Nesse sentido, o autor americano acredita que "a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática" e que a transferência dos poderes decisórios das instâncias políticas para o Poder Judiciário, em verdade, "serve aos interesses de

¹⁹⁰ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 23, 2004. P. 117-120.

¹⁹¹ CASTRO, Marcos Faro. O STF e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.

¹⁹² EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luíz Weneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG; IUPERJ/FAPERJ, 2002. P. 47.

¹⁹³ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2004. p. 01. *apud* VALE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal* – Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 33.

¹⁹⁴ VALE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal* – Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 34.

uma Suprema Corte que procura ressaltar sua influência política". Segundo ele, interessa às próprias instâncias políticas a adjudicação pelo Judiciário de temas controvertidos do debate público, pois a decisão tomada na arena política pode não ser favorável aos seus interesses, ou porque não se conseguiu atingir o consenso, ou ainda porque não promoveram suficientemente o debate sobre o assunto¹⁹⁵, causando um "entrenchamento constitucional de direitos"¹⁹⁶.

Além disso, Alec Stone Sweet afirma que a judicialização da política significa também um sistema de difusão de técnicas argumentativas do Direito Constitucional para os demais poderes, fazendo com que o discurso típico da "política judicializada" seja "responsável pela mediação entre o debate partidário e as estruturas de exercício do poder legislativo"¹⁹⁷, elitizando, certa maneira, a discussão.

Luís Roberto Barroso, a seu tempo, faz uma análise das razões que levaram à judicialização da política no Brasil, apontando para tanto três "grandes causas". A primeira delas diz com o processo de redemocratização do país. Para ele, nas últimas décadas, "o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes", associando-se isso ao fato de que a população passou a ter maior conhecimento e reconhecimento de seus direitos e a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais¹⁹⁸.

Outrossim, a segunda causa justificadora da judicialização da política é o fato de o Brasil adotar uma Constituição abrangente¹⁹⁹, na medida em que "temas que sequer mereciam tratamento legislativo hoje se encontram consagrados no texto constitucional"²⁰⁰.

¹⁹⁵ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2004. P. 39 *apud* VALE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal* – Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 34.

¹⁹⁶ VALE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal* – Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 35.

¹⁹⁷ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000. P. 199-200. *apud* VALE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal* – Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 36.

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

²⁰⁰ VALE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal* – Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 36.

Segundo Barroso, "[a] Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial"²⁰¹

Por fim, aduz o constitucionalista que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é também uma das causas para o avanço da judicialização da política no país. O Brasil reúne o sistema de controle difuso de constitucionalidade de origem anglo-saxã, "em que qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional", e o controle abstrato de matriz europeia, "que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal". Ainda, o amplo rol de legitimados para a propositura de ações de inconstitucionalidade diretamente na Suprema Corte²⁰², incluindo sociedades de classe de âmbito nacional e confederações sindicais, permite que "quase qualquer questão política ou moralmente relevante" possa ser levada ao STF.²⁰³

Barroso reconhece ainda outras situações que levam à firme instalação da judicialização da política: além da ascensão institucional de juízes e tribunais no cenário político e jurídico, há "certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral". Para ele, demais disso, "os atores políticos, muitas vezes preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

²⁰² Art. 103, CF. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa; V - o Governador de Estado; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

deliberação de temas divisos (...) "²⁰⁴, desviando-se de comprometer seu prestígio com a população.

Na visão de Vanice Regina Lírio do Vale, essas características são fundamentais para "investigar a visibilidade conferida ao Poder Judiciário"²⁰⁵, especialmente em relação ao Supremo Tribunal Federal, o qual vem absorvendo cada vez mais intensamente e de forma mais proativa a responsabilidade sobre a decisão de questões dotadas de grande relevo social.

Para Luís Roberto Barroso, portanto, a judicialização da política é, em verdade, decorrência natural da coexistência desses elementos. Ou seja, a própria estruturação dos Estados Democráticos, notadamente com a elaboração de constituições analíticas e dirigentes, que preveem um sistema efetivo de controle de constitucionalidade, acaba por criar um ambiente propício ao debate político perante as instâncias judiciais. Trata-se de "um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho constitucional vigente"²⁰⁶.

O ativismo judicial, por sua vez, não é imprescindível, tampouco decorrência lógica da atual conformação democrática de Estado. Ele é uma opção política.

3.2 ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

O ativismo judicial, embora seja resultado muitas vezes das mesmas causas que levam à judicialização da política, não cuida de simples modo inevitável de se preservar a supremacia da Constituição, mas trata de um exercício deliberado de vontade política. O ativismo judicial é uma escolha, uma atitude, uma opção política do Judiciário por interpretar a Constituição de forma específica e proativa²⁰⁷.

A gênese do ativismo judicial também remonta ao sistema constitucional norte-americano, de sorte que a própria expressão fora cunhada para designar o comportamento da *Supreme Court*.

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 01 dezembro 2012.

²⁰⁵ VALE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal* – Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 35-36.

²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 01 dezembro 2012

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

O termo ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez em uma revista americana direcionada ao público leigo. O jornalista Arthur Schlesinger Jr., em seu artigo intitulado "*The Supreme Court: 1947*", publicado na revista *Fortune*, classificou a conduta dos nove juízes da Corte à época: quatro deles foram tidos como ativistas judiciais, três foram nomeados "campeões da autolimitação" e os outros dois tidos como centristas²⁰⁸. A partir de então, a expressão vem sendo utilizada, especialmente por constitucionalistas norte-americanos, "com uma perspectiva crítica, para imprecisar um comportamento judicial não consoante com a orientação jurisprudencial dominante"²⁰⁹. Nesse sentido, Kermit Roosevelt III observa que "o termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão"²¹⁰. Decisões ativistas podem ser encontradas desde o surgimento do controle de constitucionalidade.

Nesse contexto, tem-se que o reconhecimento da supremacia da Constituição, com a inauguração do sistema de revisão constitucional das leis (*judicial review*), teve sua primeira manifestação em 1803, em decisão do *Chief Justice John Marshall*, que declarou a inconstitucionalidade de uma lei ordinária em face da Constituição americana. Depois dessa sentença paradigmática, muitos anos se passaram até que se prolatasse novamente a inconstitucionalidade de uma lei. Foi somente em 1857 que a Suprema Corte julgou inconstitucional *The Missouri Compromise*, lei que limitava territorialmente a escravidão, estabelecendo, com isso (e criando uma norma para além do caso concreto²¹¹), que um escravo, ainda que liberto em outro Estado, estaria submetido à lei daquele em que a escravidão fosse permitida, caso viesse a nele residir. Essa decisão foi uma das razões que levou à

²⁰⁸ VALE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal* – Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 20.

²⁰⁹ VALE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal* – Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 20.

²¹⁰ VALE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal* – Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. P. 20.

²¹¹ O sistema americano de controle de constitucionalidade é essencialmente difuso e, portanto, via de regra, opera efeitos somente entre as partes envolvidas. Nesse caso, contudo, a Suprema Corte, a partir dessa decisão, fez com que se operassem efeitos contra todos, decidindo que "os negros 'ainda quando pudessem ser cidadãos à luz da legislação de algum Estado da Federação, não eram, todavia, cidadãos dos Estados Unidos' e, por esta razão, não poderiam ajuizar ações perante juízos e tribunais federais" (BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 96)

guerra civil americana, sendo muito criticada, especialmente por aqueles contrários ao ativismo judicial²¹².

Adiante, a Suprema Corte, quando da "Era *Lochner*" (1905-1937), a qual foi inspirada pelo liberalismo econômico, declarou a inconstitucionalidade de diversas leis que permitiam, de alguma forma, a intervenção do Estado na economia, inclusive as da década de 1930, relativas ao *New Deal* de Roosevelt²¹³. Conclui-se, dessa forma, a partir dos casos citados, que o primeiro momento do ativismo judicial foi, na verdade, conservador²¹⁴.

Por outro lado, a Corte Warren (1953-1969) – altamente criticada por John Hart Ely –, assim como a Corte Burger (até 1973) foram também taxadas de ativistas judiciais; no entanto, estas se voltavam a produzir "jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais"²¹⁵. Logo, a prática do ativismo judicial independe da ideologia que se coloca por trás dessa postura, guardando relação de fato com a conduta proativa adotada pelo Poder Judiciário em face dos demais Poderes.

Em que pese o "uso assistemático do conceito de ativismo judicial nos debates sobre política judiciária"²¹⁶, acadêmica e doutrinariamente se busca dar contornos a essa expressão, sendo atribuída a Keenan Kmiec o reconhecimento dos cinco principais significados de ativismo judicial na atualidade²¹⁷. Pode-se considerar o ativismo como: a) prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanada em outros poderes; b) estratégia de não-aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar "*da sala de sessões*"; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar um resultado pré-determinado.²¹⁸

Vanice Regina Lírio do Vale, ao avaliar a conceituação trazida por Kmiec, afirma que, apesar do estabelecimento de pressupostos para tal,

²¹² BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 96

²¹³ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 96-100.

²¹⁴ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 100

²¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

²¹⁶ VALE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal* – Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 21.

²¹⁷ KMEIC, Keenan D. *The origin and current meanings of judicial review*. California Law Review, oct. 2004. *apud* VALE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal* – Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 20.

²¹⁸ VALE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal* – Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 21.

[o] problema na identificação do ativismo, judicial, reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional. Afinal, o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta em desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis.²¹⁹

Inobstante a dificuldade em se estabelecer de antemão quem ou o que pode ser considerado ativista, Luís Roberto Barroso identifica-o como uma participação maior e mais ampla do Poder Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, adotando-se uma postura de interferência nas atividades precípuas dos outros Poderes, muitas vezes sequer havendo embate, "mas mera ocupação de espaços vazios"²²⁰. Assim, embora não haja um conceito preciso de ativismo judicial, há casos em que a adjudicação de competências pelo Poder Judiciário e sua atividade criativa de diretos é evidente.

O ativismo judicial, entretanto, não subsiste sem oposição. Dessa forma, a essa postura se contrapõe a doutrina da autocontenção judicial ou autorrestrição (*self-restraint*). Trata-se de imposição de limites ao ativismo judicial, que consiste no princípio de que os juízes devem se abster de tomar decisões políticas, atendo-se apenas às questões jurisdicionais. Essa teoria se aproxima mais de uma concepção procedimental de democracia, enquanto o ativismo judicial encontra respaldo na teoria democrática substantiva²²¹.

Para Cláudio Ari Mello, há várias formas de se realizar a autolimitação judicial. Dentre elas, tem-se a imposição de limites processuais para o acesso à jurisdição constitucional, e também limites hermenêuticos, de modo a fazer prevalecer a presunção de constitucionalidade das leis, atribuindo a elas sentido que se compatibilize com os preceitos constitucionais, além de limites funcionais, isto é, curvar-se à discricionariedade administrativa e à discricionariedade legislativa, aceitando a conformação do legislador sobre a matéria, assim como limites

²¹⁹ VALE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal* – Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 22.

²²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 01 dezembro 2012

²²¹ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 116-117.

temáticos, evitando-se trazer para o seio do Judiciário as questões de caráter político²²².

Christopher Wolfe, a seu turno, fala em "deferência legislativa"²²³ como limite ao ativismo judicial. Essa deferência é entendida como "a postura respeitosa que muitos tribunais demonstram em relação ao legislador, democraticamente eleito"²²⁴. Isso, todavia, "não significa omissão, mas, sim, o estabelecimento de claros parâmetros de separação de poderes, em que o judiciário sabe que a ele não foi conferido um poder de inovar na ordem jurídica"²²⁵.

No caso brasileiro, entre posturas ativistas e outras mais voltadas à autocontenção (como a "resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público" que não se sujeitam ao controle de constitucionalidade, à "negativa em se criar as norma *in concreto* nos casos de mandado de injunção"²²⁶, ou mesmo a imposição de limites processuais para o conhecimento de causas – como a demonstração de repercussão geral para a admissão de recursos extraordinários, inovação trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004), é o próprio Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, que decide o que será de sua competência para julgar ou não. Embora o texto constitucional faça a devida repartição de competências entre os órgãos judiciais, cabe a eles próprios a interpretação do caso concreto e a decisão sobre se lhes cabe a apreciação²²⁷.

Inobstante, entende-se que hoje, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem adotando uma postura, para além da mera judicialização da política, verdadeiramente ativista, na medida em que muitas de suas decisões reúnem grande parte dos elementos caracterizadores do ativismo, conduta esta que igualmente vem sendo absorvida pelo Tribunal Superior Eleitoral.

²²² MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 218

²²³ WOLFE, Christopher. *The Rise of Modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Revised edition. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. P. 101 et seq. *apud* BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional. Entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 117.

²²⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez., 2008. p. 452.

²²⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez., 2008. p. 452.

²²⁶ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional. Entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 121.

²²⁷ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional. Entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 121-122.

No caso da Corte Suprema, o ativismo judicial se manifesta de diferentes formas, a saber: mediante a "(i) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas"²²⁸.

Afirma ainda o autor que o ativismo judicial ganha mais espaço no contexto brasileiro em razão da retração do Poder Legislativo e da crise de legitimidade da qual este padece, uma vez que as instâncias políticas não mais parecem representar os cidadãos, causando, assim, um distanciamento entre a classe política e a sociedade civil²²⁹. No Brasil, apesar dos escândalos de corrupção que lhe envolveram, notadamente nos últimos tempos, o Poder Executivo possui ainda o seu prestígio. Contudo o mesmo não pode ser dito do Poder Legislativo: "[n]os últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral"²³⁰.

Igualmente, Oscar Vilhena Vieira reconhece que a ampliação do papel do Poder Judiciário também se dá em razão da retração do sistema representativo, o qual é incapaz de cumprir suas promessas de justiça e igualdade. Dessa forma, o Judiciário é visto como o "guardião último dos ideais democráticos"²³¹⁻²³². Entretanto,

²²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 01 dezembro 2012

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

²³¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez., 2008. p. 443.

²³² Relevante a oposição de Eneida Desiree Salgado acerca da proeminência do Poder Judiciário justificada em face da retração das instâncias políticas. Para ela, "Alega-se que a intervenção do Poder Judiciário na definição de regras jurídicas dá-se pela indolência do Poder Legislativo em cumprir sua função principal. Tal argumento, que encontra fácil abrigo em qualquer discurso antidemocrático e também é utilizado para justificar a atuação legislativa do Poder Executivo, contraria todo o regime representativo. Ao se criticar tal postura, não se faz aqui, no entanto, uma defesa do caráter dos legisladores e da qualidade de sua representação. Afirma-se, ao contrário, que o descumprimento do dever de legislar retira a possibilidade de controle social do cumprimento do mandato do parlamentar, determinante para a configuração de uma república democrática. A subtração de determinadas matérias do debate político, no entanto, importa igual afastamento do controle popular, com a tomada de decisão por agentes não eleitos e não controlados por agentes

em seu entendimento, isso gera um paradoxo, tendo em vista que, "ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia", incentivando o "amesquinamento do sistema representativo"²³³.

Sendo assim, o autor informa estar-se vivendo o que ele denomina de "Supremocracia": a uma, porque o Supremo Tribunal Federal goza de autoridade sobre as demais instâncias do Poder Judiciário, e aqui se pode citar como "meio de coerção" o advento da súmula vinculante, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, que pretende fazer respeitar as decisões do Supremo pelos demais órgãos judiciais; a duas, pois se vê a ampliação da autoridade do STF perante os demais poderes e em detrimento destes. Aduz o autor que o Supremo não mais exerce apenas sua função de "proteção de regras" constitucionais, mas também atua, subsidiariamente, criando-as. Acumula-se, portanto, a função de autoridade com o exercício do poder, este último que, numa sociedade democrática, caberia somente aos órgãos representativos, pois submetidos à fiscalização e ao controle popular"²³⁴.

A socióloga alemã Ingeborg Maus identifica essa preponderância do Poder Judiciário, fazendo um paralelo com a psicanálise, como o "superego de uma sociedade órfã", em que o patriarca foi destituído (neste caso, o patriarca seriam as instâncias políticas, embora no caso alemão, em que se baseia a teoria de Maus, a figura do "pai" se referisse ao Monarca), de modo que as pessoas, que agora são "livres e iguais", não saber administrar essa situação, necessitando de um novo "pai"²³⁵, alguém que lhes proveja os elementos necessários à sobrevivência. E esta figura encontra hoje espaço no Poder Judiciário.

São diversos os exemplos dessa postura ativista no Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, seja trazendo para sua esfera de discussão questões político-morais controvertidas, seja expandindo sua atividade legiferante, ou ambos simultaneamente.

eleitos." (SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 313)

²³³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez., 2008. p. 443.

²³⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez., 2008. p. 444-446.

²³⁵ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, nov., 2000. p. 158.

No campo dos direitos fundamentais, o Supremo já se pronunciou acerca da constitucionalidade da pesquisa com células-tronco, das cotas nas universidades públicas, sobre a descriminalização do aborto de fetos anencéfalos, sobre a união homoafetiva, além a demarcação de terras indígenas (caso Raposa/Serra do Sol, em Roraima), sobre a lei de crimes hediondos e a lei de imprensa, a determinação ao Poder Público de custear medicamentos que não constam nos protocolos da ANVISA, entre outros. Em se tratando de representação política, temas relativos à delimitação do número de vereadores nas Câmaras Municipais, à cláusula de barreira e à fidelidade partidária, entre outros, fora decidida pelo Supremo Tribunal Federal²³⁶.

Mais recentemente, a Ação Penal nº 470 ganhou enorme repercussão na sociedade brasileira. Trata-se do julgamento do mais comentado (não necessariamente o maior) esquema de corrupção já visto no Brasil, digno de intensa cobertura midiática. Neste caso, como os crimes apontados envolviam integrantes do Congresso Nacional, a competência originária para processamento do caso pertence ao Supremo Tribunal Federal, por força do art. 102, inciso I, alínea *b*, da Constituição Federal²³⁷. Condenados, os detentores de mandato parlamentar federal terão seus direitos políticos suspensos²³⁸ e com os direitos políticos suspensos, cabe à respectiva casa legislativa deliberar acerca da perda do mandato²³⁹, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, portanto, decidir apenas acerca da ocorrência dos crimes e a pena aplicável ao caso. No entanto, assim não entende a Suprema Corte: aventa-se a possibilidade de o STF resolver sobre a perda do mandato eletivo dos envolvidos, apesar de que a Constituição Federal ser absolutamente transparente

²³⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, 4(2), p. 441-464, jul./dez., 2008. p. 451.

²³⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

²³⁸ Art. 15, CF. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

²³⁹ Art. 55, CF. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...) IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; (...) § 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

quanto à competência da casa parlamentar para solucionar questões dessa natureza²⁴⁰.

E essa proatividade tem se manifestado em larga medida também no âmbito da Justiça Eleitoral.

3.3 A POSTURA ATIVISTA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

O Poder Judiciário eleitoral é responsável por promover a materialização do princípio democrático e por colher a vontade popular quanto à representação política, por meio da realização periódica de eleições, garantindo-se o sufrágio direito, secreto e periódico. Não apenas isso: a Justiça Eleitoral está em constante e direto contato com os direitos políticos, entendidos como direitos fundamentais, tendo em vista que é ela quem decide se o cidadão está apto ou não a votar e, principalmente, se o candidato está apto ou não a ser votado.

Entretanto, não raramente, o Tribunal Superior Eleitoral acaba por tomar decisões muitas vezes independentemente do que diz o texto da lei ou o texto constitucional, buscando-se a moralização das instâncias políticas, dada a aludida crise de representatividade e os corriqueiros escândalos de corrupção. Tônica notavelmente ativista.

Em geral, as críticas feitas à postura ativista do Poder Judiciário, inclusive à Justiça Eleitoral, residem no risco para a legitimidade democrática, nos limites da capacidade institucional do Judiciário e na elitização do debate.

Tal qual a oposição feita pelos adeptos da democracia procedimentalista ao ativismo judicial, diz-se que o Poder Judiciário não goza de legitimidade democrática para decidir questões de cunho político e para inovar na ordem jurídica. Isso porque juízes, desembargadores e ministros não são agentes públicos eleitos, ou seja, não passam pelo "batismo da vontade popular"²⁴¹, e, portanto, estão impedidos de tomar decisões políticas, à violação do princípio democrático. Inobstante, quando declara a inconstitucionalidade ou a invalidade de atos normativos, ou quando determina ao

²⁴⁰ Cf. reportagem do periódico Carta Maior, disponível em : <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=21261&fb_action_ids=547552565258972&fb_action_types=og.likes&fb_source=aggregation&fb_aggregation_id=288381481237582> Acesso em : 02 dezembro 2012.

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

Poder Público a realização de uma prestação, estará inevitavelmente tomando decisões políticas²⁴², gerando uma "dificuldade contramajoritária"²⁴³.

Em que pese a crítica lançada, afirma a doutrina que essa atuação judicial encontra respaldo normativo e ideológico. Na seara normativa, o Poder Judiciário detém legitimidade para praticar tais atos, pois sua permissão decorre do próprio texto constitucional²⁴⁴, manifestação primeira da soberania e da vontade popular, sendo, portanto, representantes indiretos do povo. Em sentido ideológico, firma-se a atuação proativa do Judiciário na própria composição do Estado Democrático de Direito: a Constituição deve "estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder", mas também deve "proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos"²⁴⁵.

Nessa tensão entre constitucionalismo e democracia, afirma Luís Roberto Barroso que "a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco". Entretanto, a observação que faz quanto à extrapolação dessa jurisdição é algo que deve ser considerado:

A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. (...) Observados valores e fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.²⁴⁶

Sendo assim, apesar de se considerar que as instâncias judiciais detém legitimidade para exercer suas funções constitucionalmente estabelecidas, ainda

²⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial*: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 01 dezembro 2012

²⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

²⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

²⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

que contrárias aos interesses da maioria, esse referendo traz também limite à atuação, de modo que devem ser preservadas ao máximo possível as escolhas feitas na arena política. No entanto, não é isso que se vê hodiernamente, tanto na jurisdição constitucional, como na eleitoral.

Além dessa, outras duas dificuldades são encontradas no protagonismo do Poder Judiciário sobre as decisões de cunho político, e estas dizem com a capacidade institucional deste órgão para proferir decisões de relevância social.

A primeira delas trata da capacidade institucional propriamente dita e traz a reflexão sobre qual dos Poderes (Legislativo, Executivo ou Judiciário) está mais está mais preparado, ou mais habilitado, para tomar a melhor decisão acerca de determinada matéria. Por vezes, temas que envolvem estudos técnicos ou embates científicos de grande complexidade, como a questão do aborto de fetos anencéfalos, ou da pesquisa com células-tronco, ou mesmo a demarcação de terras indígenas e transposição de rios, podem não encontrar seu melhor resultado na instância judicial, muitas vezes por falta de informação ou conhecimento específico²⁴⁷.

Isso porque, inobstante a hipótese de participação social nos julgamentos da Corte Constitucional através dos *amici curiae* (cuja manifestação, em verdade, fica adstrita ao interesse do relator do processo), as instâncias democráticas são o ambiente por excelência de captação da vontade popular e das opiniões de diferentes segmentos da sociedade, ambiente este que deverá buscar a efetividade desses anseios. Nesses casos, apesar de ainda ser possível que a "última palavra" seja dada pelo Judiciário, mister que se prestigiem as manifestações do Executivo e do Legislativo²⁴⁸.

Além disso, o risco de uma decisão equivocada sobre tema de grande relevância social, por falta de "capacidade institucional" para tanto, se dá quanto aos "efeitos sistêmicos" dessa decisão. Via de regra, o juiz é treinado e mesmo vocacionado para exercer a "microjustiça", a justiça do caso concreto, não dispendo, muitas vezes, de tempo ou conhecimento para avaliar as consequências de uma decisão mais abrangente, "proferidas em processos individuais, sobre a realidade de

²⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

²⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público"²⁴⁹, o que pode culminar em escolhas desacertadas.²⁵⁰

No entanto, os juízes não são responsabilizados por esses desacertos, como ocorre com os membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo, que perdem seus mandatos, ficam inelegíveis ou perdem o apreço popular.

Oscar Vilhena Vieira, analisando o comportamento do STF, afirma que "[u]ma corte ativista, com enorme exposição pública e responsabilidade por tomar decisões de grande magnitude, fica submetida a distintos padrões de escrutínio, que já vêm expondo suas tensões internas e potenciais fragilidades". Aduz ainda que "[a]o tomar decisões de natureza política, e não apenas exercer a autoridade de preservar regras, o Supremo passará a ser cobrado pelas consequências de seus atos, sem que haja mecanismos institucionais para que essas cobranças sejam feitas"²⁵¹. Daí a necessidade, também, de deferência para com as instâncias democráticas.

Outro aspecto que merece atenção é quanto à limitação e elitização do debate quando este é levado ao Poder Judiciário. A linguagem e os métodos jurídicos nem sempre são a todos acessíveis, o que faz com que o campo de participação e mesmo de compreensão pela comunidade fique reduzido. Advém disso o risco de se "produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais". Por outro lado, a transferência de poderes da arena política para as instâncias jurídicas acaba por trazer uma "dose excessiva de politização dos tribunais", fazendo com que debates apaixonados, típicos da discussão parlamentar, tomem lugar em um ambiente em que a razão de prevalecer²⁵².

No âmbito da Justiça Eleitoral, especificamente, a manifestação ativista que ocorre de forma mais comum é aquela que cria direitos e obrigações, que inova na

²⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

²⁵⁰ Uma situação em especial é apta a ilustrar essa problemática: a concessão de medicamentos de alto custo, que muitas vezes não estão elencados nas listas oficiais do Ministério da Saúde e da Anvisa, pois em fase experimental, pelo Poder Público, a pessoas que deles necessitam e que não podem arcar com essa despesa, fazendo com que o sistema público de saúde atenda às necessidades apenas de uma pessoa específica, em detrimento de toda uma sociedade que necessita de atendimento, considerando a escassez de recursos.

²⁵¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4. n. 2, p. 441-464, jul./dez., 2008. P. 444-453.

²⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 01 dezembro 2012

ordem jurídica por meio da edição de resoluções, assumindo, assim, o papel do legislador e, portanto, exorbitando, o Tribunal Superior Eleitoral, de sua discutível competência normativa.

Marcelo Roseno de Oliveira identifica o fenômeno do ativismo judicial no âmbito da Justiça Eleitoral em função dos excessos praticados no exercício de sua função normativa. Essa competência é conferida à jurisdição eleitoral unicamente para dar fiel cumprimento à legislação eleitoral; "[e]stariam, assim, as normas editadas pelo TSE restritas à regulamentação da lei, assumindo a feição de atos normativos de caráter secundário, distanciando-se de qualquer atividade inovadora e criativa, ordinariamente desenvolvida pelo Parlamento"²⁵³.

A seu turno, Eneida Desiree Salgado desconstrói juridicamente a suposta competência normativa ou mesmo regulamentar do TSE, dizendo-a inconstitucional²⁵⁴, a denotar ainda mais claramente a postura ativista da Corte, referendada pelo Supremo Tribunal Federal.

E mais: não raramente, a criação legislativa da Justiça Eleitoral se faz no sentido da supressão de direitos, em uma hermenêutica notadamente expansiva quando se trata da restrição de direitos políticos. Sob o pretexto da moralização do escrutínio, restrições ao direito fundamental de se candidatar ao pleito se operam diariamente, seja pela interpretação limitadora dada pelos juízes e tribunais às já rígidas normas eleitorais, seja pela edição de resoluções que culminam, em geral, em perda de mandato político ou inelegibilidades reflexas.

A análise do caso trazido sobre a quitação eleitoral dá conta de demonstrar a postura inequivocamente ativista da Corte Eleitoral. Por meio de uma instrução normativa, a qual deveria estar adstrita ao comando legal que lhe dá base, o Tribunal Superior Eleitoral afastou a disposição expressa de uma lei regularmente constituída (sem a sua declaração de inconstitucionalidade, que sequer foi aventada) pelo Poder Legislativo para impor o seu entendimento sobre o assunto.

Embora a lei eleitoral preveja expressamente que basta a apresentação das contas de campanha para se obter a quitação eleitoral, a Corte, sob a influência de seu instinto moralizador do pleito (vez que, na sua concepção, são se pode admitir

²⁵³ OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 110.

²⁵⁴ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 301 et seq.

como administrador da *res publica* alguém que sequer tem controle sobre as suas contas pessoais), entendeu, após longo debate, pela necessidade de aprovação das contas de campanha para a obtenção da quitação eleitoral.

Sem a certidão de quitação eleitoral, o candidato perde uma das condições de elegibilidade (na medida em que a quitação eleitoral é expressão do pleno gozo dos direitos políticos, cuja demonstração é necessária para se concorrer ao pleito), e, portanto, fica impedido de participar da disputa. Trata-se, portanto, de uma inelegibilidade reflexa, por meio de interpretação expansiva de restrição a direito fundamental, *contra legem*, e por meio de instrumento inconstitucional, tornando-se mera retórica a proteção da soberania popular.

O mesmo ocorre com a decisão acerca da perda de mandato eletivo por infidelidade partidária, em que através de uma consulta formulada por partido político (competência esta também contrária à Constituição, considerando que sua matriz é exclusivamente infraconstitucional) o TSE construiu uma argumentação voltada a extrair da Constituição o entendimento de que mandatos eletivos pertencem aos partidos políticos, e não aos mandatários.

A partir disso, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 22.610/07, que consagrou esse entendimento e criou hipóteses de perda de mandato para além daquelas previstas na Constituição. Nessa normativa, a regra é a infidelidade partidária, devendo o trânsfuga demonstrar (com limitação de testemunhas e prazos exíguos para manifestação) que lhe assiste alguma das hipóteses de justa causa para desfiliação, hipóteses essas consubstanciadas em conceitos amplos e imprecisos, aumentando ainda mais a margem interpretativa do julgador. Essa inovação na ordem jurídica foi declarada constitucional pelo STF (tal é a força normativa das resoluções do TSE, que são passíveis, inclusive, de controle de constitucionalidade abstrato). Mais uma vez a jurisdição eleitoral suprime direitos, superando, inclusive, a reserva de Constituição para a perda de mandato, sem demonstrar qualquer deferência para com a vontade popular manifestada nas urnas.

Igualmente em relação à Lei Complementar nº 135/2010, a Lei Ficha Limpa, os tribunais e juízes eleitorais têm adotado interpretações bastante extensivas no reconhecimento de inelegibilidades, na tentativa de extirpar da vida pública aqueles por eles considerados como maus políticos. Segundo Néviton Guedes, a lei que pretendeu aprimorar as inelegibilidades, no afã de tutelar o eleitor, como se este não soubesse escolher qual a melhor opção para ele mesmo, "rouba do processo

eleitoral um de seus aspectos mais importantes, que é, precisamente, sua capacidade pedagógica (como tudo na vida, uma das mais eficazes formas de aprendizado é precisamente através do erro)", além de criar na sociedade a "falsa e terrível impressão de que o processo eleitoral e a esfera política são ambientes necessariamente frequentados por pessoas moralmente pervertidas"²⁵⁵, de modo a justificar a interferência excessiva e o protagonismo do Poder Judiciário, especialmente da Corte Superior Eleitoral, lastreada pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, cabe relevar o pensamento de Luís Roberto Barroso, no sentido de que "o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema"²⁵⁶. Para ele, o ativismo "é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer de cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes".²⁵⁷

²⁵⁵ GUEDES, Néviton. *A (des)qualificação da política e o Direito Eleitoral*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-24/constituicao-poder-desqualificacao-politica-direito-eleitoral>> Acesso em: 01 dezembro 2012.

²⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

²⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O destaque que se tem dado às atividades do Poder Judiciário brasileiro na atualidade é um fato que não pode passar despercebido. Não se trata de um súbito interesse dos canais de comunicação pela atuação de juízes e tribunais, mas uma situação decorrente da própria evidência institucional em que este órgão de poder se encontra.

Rotineiramente se vê em jornais, emissoras de rádio e televisão ou redes sociais alguma reportagem ou comentário sobre a mais nova decisão revolucionária proferida por um juiz de coragem, por um Tribunal socialmente comprometido, provocados por um membro audacioso do Ministério Público. Julgamentos são televisionados, transmitidos ao vivo em cadeia nacional, levando ministros a anteciparem o seu voto (que só deveria ser dado em plenário) aos repórteres e à sociedade curiosa e necessitada de justiça.

Esse comportamento é sintomático de uma condição que vem ganhando corpo nas últimas décadas: o Judiciário passa de instância controladora da constitucionalidade, da validade e do cumprimento das normas jurídicas para ambiente de realização material de direitos. Hoje, são os juízes, especialmente aqueles que exercem a jurisdição constitucional, que decidem como quando e por que uma conduta deverá deixar de ser crime; um indivíduo terá direito a receber medicamentos benéficos custeados pelo Poder Público; essa ou aquela pessoa são mais ou menos aptas a governar.

E é própria construção do ordenamento jurídico brasileiro, inserida no contexto do neoconstitucionalismo, que permite a instalação desse cenário de proeminência do Poder Judiciário. Uma constituição abrangente e compromissária como a Constituição de 1988 abre espaço à judicialização das mais variadas causas, tendo em vista que muitos foram os direitos alçados à categoria de constitucionais. Isso não significa que os direitos infraconstitucionais não devam ser do mesmo modo protegidos, mas o peso da constitucionalização é grande, vez que é norma hierarquicamente superior às demais, calçada em princípios e valores.

O Judiciário, então, acaba adjudicando competências dos demais Poderes, chegando efetivamente a tomar decisões acerca de políticas públicas, quando, na verdade, essa tarefa caberia ao administrador, ou mesmo a legislar de forma geral e abstrata, na medida em que essa função é típica do Parlamento, muitas vezes

contrariamente a uma norma por este já editada. Assim, o debate político tem abandonado a arena pública de deliberação para ser desenvolvido em gabinetes e em salas de sessões.

Essa situação causa um evidente desequilíbrio entre os poderes constituídos, tendo em vista que as atribuições de dois deles, justamente aqueles cujos membros são escolhidos diretamente pelo povo para representar seus interesses, acabam sendo esvaziadas pela assunção dessas funções pelo outro, que se infla de poder, tendendo a dele abusar.

Ainda que a atuação do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, se volte à perseguição do bem-estar da população (e seja por isso louvado), este não é o seu papel. A tomada de decisões políticas, já dizia Dworkin, pertence à arena política, cabendo à jurisdição constitucional se ater às decisões sobre de princípios. Por outro lado, a jurisdição se vê instada a resolver os problemas de inação dos poderes representativos por excelência, que passam por uma crise de legitimidade e representatividade.

Diante disso, sempre haverá embate entre soberania e poder constituinte, entre constitucionalismo e democracia, entre ativismo judicial e autocontenção, considerando que os binômios são antagônicos, mas necessitam-se reciprocamente para sua própria existência. Entre democracia, em que impera a vontade popular e a decisão da maioria, e constitucionalismo, que garante a não violação aos direitos fundamentais e a proteção das minorias, sempre um terá de ceder espaço para que o outro possa acontecer, ao passo que a democracia só ocorre se as liberdades individuais forem constitucionalmente asseguradas, e que o controle constitucional só ganha efetividade se legitimado democraticamente.

Inobstante, como visto, essas forças nem sempre estão em equilíbrio, gerando a superposição de um dos Poderes sobre os demais. Na atual configuração brasileira (sendo, também, uma tendência mundial), é o Poder Judiciário que está em evidência. Mais do que a judicialização da política, fato decorrente da conformação constitucional dos Estados, o que ocorre na atualidade é uma deformação dos princípios instituidores do Estado Democrático de Direito brasileiro, como o próprio princípio democrático, o princípio da separação de poderes, da segurança jurídica, com eventual violação a direitos fundamentais.

Não apenas a jurisdição constitucional geralmente pressupõe que cabe a ela consertar os equívocos do ordenamento jurídico e das políticas públicas, mas

também a Justiça Eleitoral vem se encarregando de dizer qual a melhor escolha política em detrimento da vontade do eleitor.

O abuso do inconstitucional poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral, que inova na ordem jurídica não apenas quando há hiatos normativos, mas também quando há manifestação expressa do legislador em sentido contrário e a interpretação extensiva de restrições a direitos são as manifestações mais evidentes do desvio das funções jurisdicionais da Justiça Eleitoral, imperando sobre as decisões uma fundamentação moralista do escrutínio e das instâncias políticas, a qual se quer levar a cabo custe o que custar.

Para o Tribunal que deve resguardar o princípio democrático e os direitos políticos fundamentais, o resultado que emerge das urnas tem sido de pouca relevância, pois, quem decide, ao final, quem deverá ou não governar, é a Justiça Eleitoral.

Nesse contexto, é necessário repensar os poderes quase ilimitados que se têm conferido às instâncias judiciais, sob o argumento de que os órgãos representativos não mais efetivamente representam o povo, sob pena de relegar as decisões políticas àqueles que não estão submetidos ao controle popular, culminando num "governo de juízes" que nem sempre, como se viu, poder ser verdadeiramente benéfico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 01 dezembro 2012.

_____. Doze anos da Constituição Brasileira de 1988 (Uma breve e acidentária história de sucesso) In: _____. *Temas de Direito Constitucional*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado - RDE*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. P. 71-91

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun., 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BUENO, Eduardo. *Brasil: uma história*. São Paulo: Ática, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 23, 2004.

CASTRO, Marcos Faro. O STF e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral*. Direito Material. t. 1. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-174, jan./jun., 2010.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista Alceu*, Rio de Janeiro, v. 5. n.9. jul./dez. 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Medidas Provisórias*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 86.

COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. *Direito Eleitoral e Processo Eleitoral: direito penal eleitoral e direito político*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 2012.

CONEGLIAN, Olivar. A justiça eleitoral: o poder executivo das eleições, uma justiça diferente. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo: doutrina e jurisprudência*. p. 57-75. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009

DAHL, Robert Alan. *Um prefácio à teoria democrática*. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar: 1989.

DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus (Cuadernos para el Diálogo), 1975.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Sovereign virtue: the Theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000a.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luíz Weneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG; IUPERJ/FAPERJ, 2002.

ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza*. Una teoría del control constitucional. Tradução: Magdalena Holguín. Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, 1997

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. O Estado e a Sociedade Civil para além do Bem e do Mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. In: ALBANESE, Susana; et al. (Orgs.). *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad, 2004

_____. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

_____. *As teorias da justiça depois de Rawls*. Um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [1999].

GUEDES, Néviton. *A (des)qualificação da política e o Direito Eleitoral*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-24/constituicao-poder-desqualificacao-politica-direito-eleitoral> Acesso em: 01 dezembro 2012.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. v. 2.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

MAIA, Clarissa Fonseca. *O ativismo judicial no âmbito da Justiça Eleitoral*. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de pós Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Fortaleza, 2010.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, nov., 2000.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional III: direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003.

NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos Políticos – condições de elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. e atual. até a Lei da Minirreforma Eleitoral nº 11.300/2006. Niterói: Impetus, 2006.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Organizado por Erin Kelly. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998). São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros, 2012.

STREK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VALE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4. N. 2, p. 441-464, jul./dez., 2008. P. 452.

ANEXO

Notas orais do julgamento da Instrução nº 1542-64.2011.6.00.0000, (a qual se tornou a Resolução TSE nº 23.376/2011), aplicável às eleições municipais de 2012, estabelecendo a necessidade de aprovação das contas de campanha para obtenção de certidão de quitação eleitoral.



INSTRUÇÃO Nº 154264 – DF

Sessão de 14.2.2012

RELATÓRIO E VOTO (vencido em parte)

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Senhor Presidente, distribuí com alguma antecedência – penso que no princípio de fevereiro – essa minuta de prestação de contas, mas sem prejuízo de estar à disposição dos colegas para discuti-la.

Na verdade, há uma questão da maior importância que precisamos discutir nessa minuta e, talvez, transcenda a ela, qual seja, o problema da quitação eleitoral.

Já participamos – Vossa Excelência, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Marcelo Ribeiro e eu – de quase todas as discussões a respeito de quitação eleitoral e, nesse resumo que faço, remonto realmente ao ano de 2004, principalmente para os Ministros Gilson Dipp e Laurita Vaz.

Em 2004, o Tribunal resolveu evoluir no que se refere ao conceito de quitação eleitoral para determinar que não seriam elegíveis aqueles que incidissem em multa eleitoral. Por exemplo, aquele que não compareceu à votação, aquele que foi multado por propaganda eleitoral irregular. Resolveu o Tribunal construir um conceito de quitação eleitoral mais abrangente para alcançar essas hipóteses também, porque o único conceito de quitação eleitoral era o de multas por não comparecimento, mas uma multa de valor insignificante.

O Tribunal, então, resolveu ampliar esse conceito para alcançar multas de qualquer espécie. Nesse julgamento, foi relator o saudoso Ministro



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

Peçanha Martins – e, por sugestão de outro ministro, o Tribunal resolveu ampliar um pouco mais esse conceito de quitação eleitoral, para alcançar hipóteses de não apresentação de contas. E passou a entender que, como era obrigação do candidato prestar contas, se ele faltasse a esse dever, não estaria quite com a Justiça Eleitoral.

Esse conceito, entretanto, não foi aplicado diretamente às eleições de 2004, mas aplicado integralmente às eleições de 2006, ou seja, não só obteria a quitação eleitoral e não poderia ser candidato às eleições de 2006 aquele candidato que tivesse incidido em alguma multa, porque não compareceu à eleição ou porque foi multado por alguma propaganda eleitoral, como também aquele que não tivesse prestado contas, e aquele que tivesse prestado contas às vésperas do pleito eleitoral de 2006.

Naquela eleição, estava presente apenas o Ministro Marcelo Ribeiro, e a partir disso começaram muitos processos, de que foi relator o Ministro Cezar Peluso, e o Tribunal passou a entender que a prestação de contas apócrifa, apresentada às vésperas do pleito, equivaleria a não prestação de contas. E passou também a entender que, nesse caso, o candidato não estaria quite com a Justiça Eleitoral.

Assim foi durante as eleições de 2006. Nas eleições de 2008, o relator das instruções, Ministro Ari Pargendler, com a aprovação deste Plenário, ampliou um pouco mais esse conceito de quitação eleitoral para abranger também a hipótese de desaprovação das contas. Ou seja, aquele conceito que, no início, estava restrito a não prestação de contas passou a abranger também a desaprovação das contas.

O Tribunal editou a resolução de prestação de contas das eleições de 2008 entendendo que aquele candidato às eleições daquele ano que tivesse as contas desaprovadas – é uma espécie de inelegibilidade – não ficaria quite com a



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

Justiça Eleitoral durante todo o período do mandato para o qual concorreu. Por exemplo, nas eleições municipais de 2008, aquele candidato que concorresse ao cargo de prefeito ou de vereador ficaria sem a quitação eleitoral durante todo esse período, não podendo ser, portanto, candidato nas eleições de 2010 e 2012, inclusive.

Daí surgiu a modificação. A Lei nº 12.034, de 2009, passou a tratar esse conceito de quitação eleitoral de forma um pouco diferente e introduziu uma hipótese, que está no artigo 11, § 7º:

Art. 11

[...]

§ 7º A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remitidas, e a apresentação de contas de campanha eleitoral.

Em virtude dessa modificação legislativa, o Tribunal, em 2010 – fui o relator das instruções –, passou a adotar esse conceito de quitação eleitoral, ou seja, a apresentação de contas, porém, mesmo durante o ano das eleições de 2010, tivemos um processo administrativo – eu era o relator e fiquei vencido no julgamento – em que a maioria do Tribunal entendeu que esse conceito previsto na nova legislação não se referiria apenas à apresentação de contas. E insistiu na aprovação das contas ou, pelo menos, que, com as contas desaprovadas, não seria obtida a quitação eleitoral.

Nesse processo administrativo, ficamos vencidos eu, o Ministro Marcelo Ribeiro e o Ministro Aldir Passarinho Junior, salvo engano, e foram vencedores Vossa Excelência, Senhor Presidente, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Marco Aurélio e a Ministra Nancy Andrighi, que substituíra eventualmente o titular, Ministro Hamilton Carvalhido.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

Assim foi feito no processo administrativo, mas as instruções de 2010 já estavam aprovadas. Ocorre que, quando surgiu o primeiro processo judicial em que se discutia a quitação eleitoral, a composição do Tribunal se alterou: no lugar da Ministra Nancy Andrighi entrou o Ministro Hamilton Carvalhido, e a maioria se modificou. Eu fui o relator e permaneci como relator e ficaram vencidos, Senhor Presidente, Vossa Excelência, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Marco Aurélio. Então, acompanharam a mim o Ministro Marcelo Ribeiro, o Ministro Aldir Passarinho Junior e o Ministro Hamilton Carvalhido.

Durante as eleições de 2010, embora com essa divergência, eu não diria insistente, mas determinante, o Tribunal, por maioria, aprovou as contas, ou seja, considerou quites todos aqueles candidatos que tiveram suas contas rejeitadas nas eleições de 2008 e de 2006, as duas eleições antecedentes.

De uma forma geral, é essa a introdução que faço. Continuo com o ponto de vista que me levou a fazer essa proposta nas instruções de 2010, o qual mantive nas eleições de 2012, porque entendo que não houve modificação legislativa. No ponto em que a lei prevê apresentação de contas, a meu ver, é o critério de apresentação de contas, e não o de aprovação de contas. Essa é a questão inicial que trago ao debate do Tribunal porque, dependendo do que a maioria entender, precisarei fazer nova instrução.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Vossa Excelência me permite? Eu acredito no talento e capacidade da Ministra Laurita Vaz, mas o Tribunal formou maioria com a presença da titular, a Ministra Nancy Andrighi.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: (relator): Não, ela não participou do julgamento no processo judicial, apenas no processo administrativo em que era substituta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Apenas no processo administrativo? Não seria hora de evoluirmos na interpretação para realmente



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

considerarmos a realidade, não no aspecto simplesmente formal da apresentação das contas, e apontar que não está quite com a Justiça Eleitoral aquele que teve contas desaprovadas?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: (presidente): Ministro Marco Aurélio, como o Ministro Gilson Dipp não esteve presente nessas discussões todas, talvez valesse a pena esclarecê-lo, se Sua Excelência ainda não o fez, sobre a questão central que está em debate.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: O preceito da lei realmente – perdoe-me, não estou atacando qualquer ponto de vista – numa interpretação gramatical, conduz à conclusão de que basta chegar ao protocolo do Tribunal e apresentar um documento qualquer de prestação de contas e lograr com isso a quitação eleitoral. Nós outros sustentamos que a lei encerra uma exigência maior, ou seja, a própria aprovação das contas quanto ao merecimento do que ofertado à Justiça Eleitoral.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: (relator): Senhor Presidente, esse conceito de quitação eleitoral antigamente não estava previsto na lei, foi um entendimento do Tribunal a partir de 2004.

Surgiu, então, nas instruções de 2008 esse conceito a que o Ministro Marco Aurélio se referiu, ou seja, sobreveio uma lei instituindo o conceito de quitação eleitoral e dispondo que o conceito de quitação eleitoral envolvia a apresentação de contas.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Aliás, a lei registra a expressão “exclusivamente”.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: (relator): Exato. “Abrangerá exclusivamente”.

Então, Senhor Presidente, propus ao Tribunal nas eleições de 2010 e proponho nas eleições de 2012. O que estabelecemos tanto na minuta da



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

resolução das eleições de 2010 quanto na minuta de 2012 é que não basta o mero protocolo da apresentação de contas. O mesmo conceito que o Tribunal institui em 2006, de que a mera prestação de contas desacompanhada de qualquer documento importaria na não prestação de contas. Ou seja, incluímos nessa hipótese de não prestação de contas, por exemplo, a prestação de contas apócrifa, desacompanhada de qualquer documento.

Essa prestação de contas, a meu ver, equivale a não prestação de contas – preocupa-me muito, porque estamos diante de uma eleição municipal e sabemos que, nesses cinco mil e quinhentos e tantos municípios, infelizmente os candidatos não dispõem de uma aparelhagem suficiente, e nós vimos que na prática o que acontece em termos de desaprovação de contas é, por exemplo, um candidato a vereador ou a prefeito não apresentar um recibo de compra de combustível ou de doação de um caminhão ou de uso de um carro em campanha, e os tribunais estão desaprovando as contas. Então, evidentemente que esse meu critério não é um critério jurídico, é apenas para dar um ponto de vista.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Na proposta de resolução, há um preceito que, a meu ver, reforça o nosso entendimento, segundo o qual o que se quer é a aprovação das contas, para que se possa alcançar a quitação. O artigo 54 da Minuta da instrução estabelece que nenhum candidato poderá ser diplomado sem ter suas contas julgadas.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Mas isso é para ser diplomado.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Julgadas.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Julgadas, quer dizer, se forem aprovadas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Mas julgadas em que sentido?



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Julgadas. Não está dizendo que tem de serem aprovadas.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Essa é a única divergência, Ministro Marcelo Ribeiro?

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Como eu disse, distribuí a minuta com esse propósito. Porque se, por acaso, eu ficar vencido nessa questão, terei de alterar a minuta. Nesse caso, o conceito de quitação eleitoral abrangerá a desaprovação das contas e isso trará, com certeza, alguns reflexos, por dois motivos importantes. O primeiro deles é saber o seguinte: para as eleições de 2012, o que valerá é a desaprovação futura das contas ou a desaprovação passada das contas de 2008/2010? Este é o primeiro ponto.

O segundo ponto é saber se, mesmo desaprovadas as contas de 2008/2010, há necessidade do trânsito em julgado da decisão que desaprovou as contas. Então, são três pontos que, infelizmente, precisamos definir, para saber como será a versão da minuta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: No julgamento do recurso especial, teríamos de conferir o Recuso Especial Eleitoral nº 4826-32, em que apontamos que o espaço de tempo coberto seria até a próxima eleição.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Não, durante o mandato inteiro, para o qual a pessoa concorreu.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Ministro Marco Aurélio, o Ministro Gilson Dipp pede adiamento desse julgamento, para apreciar apenas esse aspecto e não para saber se basta...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Eu também recebi a minuta da resolução e fiz uma primeira leitura, mas, com o pedido de vista do ministro, talvez deixemos para todos reverem.



PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

Sessão de 28.2.2012

VOTO-VISTA (vencido em parte)

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Senhor Presidente, trata-se de instrução que dispõe sobre arrecadação e gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e ainda sobre a prestação de contas nas eleições de 2012.

Na sessão de 14.2.2012, o eminente Ministro ARNALDO VERSIANI, relator do feito, submeteu à Corte a proposta de resolução e destacou com bastante cuidado a questão relativa ao impacto da prestação de contas dos candidatos para a obtenção da certidão de quitação eleitoral, considerado o entendimento majoritário do Tribunal Superior Eleitoral prevalecente para as eleições de 2010.

Sua Excelência o Relator fez menção ainda às discussões a respeito do tema havidas antes e depois da alteração legislativa promovida pela Lei nº 12.034/2009, com a inclusão do § 7º no artigo 11 da Lei nº 9.504/97, enfatizando, por fim, que a disciplina prevista na instrução em julgamento impõe alguns requisitos à apresentação das prestações de contas de campanha, não sendo suficiente apenas a protocolização de expediente desacompanhado de documentos bastantes à análise das contas.

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

Transcrevo, por pertinente, o teor do referido § 7º:

Art. 11 [...]

§ 7º A certidão de quitação eleitoral abrangerá **exclusivamente** a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remitidas, e a **apresentação de contas de campanha eleitoral**. (grifo nosso)

Conforme mencionado pelo Relator desta instrução, após a vigência do referido dispositivo, o TSE enfrentou a questão pela primeira vez por ocasião do julgamento do PA nº 594-59.2010.6.00.0000/DF, em 3.8.2010, e concluiu, por maioria apertada de votos, que não bastaria a apresentação das contas de campanha para a obtenção da certidão de quitação eleitoral, sendo exigida também sua aprovação. É esta ementa daquele julgado, redigida pelo eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. QUITAÇÃO ELEITORAL. LEI 12.034/2009. DEVER DE PRESTAR CONTAS À JUSTIÇA ELEITORAL. ARTS. 14, § 9º, E 17, III, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. MERA APRESENTAÇÃO DAS CONTAS. INSUFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE APROVAÇÃO DAS CONTAS. SOLICITAÇÃO RESPONDIDA.

I - A exegese das normas do nosso sistema eleitoral deve ser pautada pela normalidade e a legitimidade do pleito, valores nos quais se inclui o dever de prestar contas à Justiça Eleitoral, nos termos dos arts. 14, § 9º, e 17, III, ambos da Constituição.

II - Não se pode considerar quite com a Justiça Eleitoral o candidato que teve suas contas desaprovadas pelo órgão constitucionalmente competente.

III - Para os fins de quitação eleitoral será exigida, além dos demais requisitos estabelecidos em lei, a aprovação das contas de campanha eleitoral, não sendo suficiente sua simples apresentação.

IV - Solicitação respondida.

Ocorre que, em setembro de 2010, ao enfrentar um dos primeiros casos concretos envolvendo o tema nas eleições daquele ano, esta Corte, nos autos



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

do REspe nº 4423-63.2010.6.21.0000/RS, também por maioria apertada, mudou o entendimento, em acórdão relatado pelo Ministro ARNALDO VERSIANI assim ementado:

Registro. Quitação eleitoral. Desaprovação de contas de campanha.

1. A Lei nº 12.034/2009 trouxe novas regras no que tange à quitação eleitoral, alterando o art. 11 da Lei nº 9.504/97, que, em seu § 7º, passou a dispor expressamente quais obrigações necessárias para a quitação eleitoral, entre elas exigindo tão somente a apresentação de contas de campanha eleitoral.

2. A desaprovação das contas não acarreta a falta de quitação eleitoral.

3. Eventuais irregularidades na prestação de contas relativas a arrecadação ou gastos de recursos de campanha podem fundamentar a representação objeto do art. 30-A da Lei nº 9.504/97.

Recurso especial provido.

Senhor Presidente, com a devida vênia dos que entendem de forma diversa, estou de acordo com o Relator da instrução no que concerne à abrangência da certidão de quitação eleitoral.

No precedente acima referenciado, que conduziu à alteração jurisprudencial que se encontra vigente, o e. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, então Corregedor-Geral da Justiça Eleitoral, enfatiza, com bastante propriedade, ter ficado muito claro, pelo histórico, que a vontade do legislador foi, de fato, limitar à apresentação da prestação de contas e não necessariamente à aprovação.

E continua Sua Excelência, destacando trechos do voto-vista que proferiu no julgamento do PA nº 594-59, concluindo que:

“Tratando-se de norma com reflexos restritivos, o alargamento de seu espectro de incidência não seria adequado. Por isso entendo que o vocábulo “**exclusivamente**” empregado pelo legislador não pode ser olvidado. Caso o Congresso Nacional optasse pela aprovação das contas como requisito para o reconhecimento da quitação eleitoral, tê-lo-ia feito.”
(grifo no original)



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

Ou seja, *de lege lata* não nos é permitido dar interpretação que contrarie frontalmente a própria norma criada, pelo menos não sem antes se reconhecer a sua ilegalidade à luz de preceito maior.

A disciplina legal introduzida pela Lei nº 12.034/2009 não deixa dúvida de que a certidão de quitação eleitoral abrangerá **EXCLUSIVAMENTE** a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas **E A APRESENTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA ELEITORAL**.

Bem observou o Ministro HAMILTON CARVALHIDO, também naquele julgado que:

[...]

Tal disposição não enseja, quando compreendida no sistema, a conclusão interpretativa de que a reprovação das contas inibe imediatamente a obtenção da certidão de quitação eleitoral.

É que tal reprovação não produz ela mesma, por eficácia própria, senão o cabimento da representação de que cuida o artigo 30-A da Lei nº 9.504/97, não havendo, como pretender, *per saltum*, em última análise, a inelegibilidade do candidato, fazendo-a resultar, como efetivamente resultaria, de modo imediato, da reprovação das suas contas.

Demais disso, a não apresentação das contas referentes à eleição a que se referem apenas inibe temporariamente a diplomação com o fito evidente de que seja apresentada, sem que haja qualquer repercussão no mandato político. É o que se depreende do artigo 29, § 2º, da Lei nº 9.504/97, *verbis*:

“[...]

Art. 29. Ao receber as prestações de contas e demais informações dos candidatos às eleições majoritárias e dos candidatos às eleições proporcionais que optarem por prestar contas por seu intermédio, os comitês deverão:

I - verificar se os valores declarados pelo candidato à eleição majoritária como tendo sido recebidos por intermédio do comitê conferem com seus próprios registros financeiros e contábeis;



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

II - resumir as informações contidas nas prestações de contas, de forma a apresentar demonstrativo consolidado das campanhas dos candidatos;

III - encaminhar à Justiça Eleitoral, até o trigésimo dia posterior à realização das eleições, o conjunto das prestações de contas dos candidatos e do próprio comitê, na forma do artigo anterior, ressalvada a hipótese do inciso seguinte;

IV - havendo segundo turno, encaminhar a prestação de contas dos candidatos que o disputem, referente aos dois turnos, até o trigésimo dia posterior a sua realização.

§ 1º Os candidatos às eleições proporcionais que optarem pela prestação de contas diretamente à Justiça Eleitoral observarão o mesmo prazo do inciso III do caput.

§ 2º A inobservância do prazo para encaminhamento das prestações de contas impede a diplomação dos eleitos, enquanto perdurar.

[...]”.

Nesse contexto, mesmo que sistematicamente interpretada a norma do artigo 11, § 7º, da Lei nº 9.504/97, pelo menos à luz do supracitado dispositivo, penso, *data venia*, não encontrar guarida a conclusão que reconhece na desaprovação das contas de campanha pretérita óbice à obtenção de quitação.

A se manter o entendimento de então, partindo dessa mesma interpretação sistemática, também a desaprovação das contas do pleito em curso deveria conduzir, necessariamente, à negação do diploma, hipótese, igualmente, não prevista expressamente na lei de regência.

Por essa razão, permaneço firme em que a desaprovação das contas de campanha eleitoral não conduz à negativa de obtenção de certidão de quitação eleitoral e à consequente falta de preenchimento de uma condição de elegibilidade.

[E continua o Ministro CARVALHIDO, ressaltando outro aspecto importante para a definição da questão:]

O zelo da lei pela preservação das suas disposições encontra inconfundível expressão na letra do artigo 105, com a redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009, verbis:

“Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o **Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei**, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos”.

[...]. (grifos nossos)



Assim, com a devida vênia dos eminentes pares que entendem em outro sentido, **tenho que a Lei em questão não só não comporta interpretação restritiva como, expressamente, não a autoriza, sob pena de ofensa ao devido processo legal e até aos princípios democráticos em razão da presunção de irregularidade, cujo exame ulterior, ademais, em procedimento apropriado, não estaria prejudicado.**

Oportuno destacar que nesse mesmo julgado, o Ministro VERSIANI já havia sinalizado que a simples protocolização de expediente desacompanhado de documentação hábil à aferição da prestação de contas ou sua apresentação intempestiva não seriam suficientes à obtenção da certidão de quitação eleitoral, enfatizando ainda que tal interpretação não contraria a disciplina específica sobre a matéria, mais precisamente o artigo 30 da própria Lei nº 9.504/97, que assim dispõe:

Art. 30. A Justiça Eleitoral verificará a regularidade das contas de campanha, decidindo: (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

I - pela aprovação, quando estiverem regulares; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

II - pela aprovação com ressalvas, quando verificadas falhas que não lhes comprometam a regularidade; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

III - pela desaprovação, quando verificadas falhas que lhes comprometam a regularidade; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

IV - **pela não prestação, quando não apresentadas as contas após a notificação emitida pela Justiça Eleitoral, na qual constará a obrigação expressa de prestar as suas contas, no prazo de setenta e duas horas.** (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

[...]" (grifo nosso)

Assim, partindo da mesma interpretação dada naquela oportunidade e à luz dos permissivos legais supracitados, no que por ora interessa, a matéria está disciplinada na presente instrução nestes termos:

Art. 51. O Juízo Eleitoral verificará a regularidade das contas, decidindo (Lei nº 9.504/97, art. 30, *caput*):

I – pela aprovação, quando estiverem regulares;



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

II – pela aprovação com ressalvas, quando verificadas falhas que não lhes comprometam a regularidade;

III – pela desaprovação, quando constatadas falhas que comprometam a sua regularidade;

IV – pela não prestação, quando:

a) não apresentados, tempestivamente, as peças e documentos de que trata o art. 40 desta resolução;

b) não reapresentadas as peças que as compõem, nos termos previstos no § 2º do art. 45 e no art. 47 desta resolução;

c) apresentadas desacompanhadas de documentos que possibilitem a análise dos recursos arrecadados e dos gastos realizados na campanha.

§ 1º Também serão consideradas não prestadas as contas quando elas estiverem desacompanhadas de documentos que possibilitem a análise dos recursos arrecadados e dos gastos de campanha e cuja falta não seja suprida no prazo de 72 horas, contado da intimação do responsável.

§ 2º Julgadas não prestadas, mas posteriormente apresentadas, as contas não serão objeto de novo julgamento, sendo considerada a sua apresentação apenas para fins de divulgação e de regularização no Cadastro Eleitoral ao término da legislatura, nos termos do inciso I do art. 53 desta resolução.

§ 3º O partido político, por si ou por intermédio de comitê financeiro, que tiver as suas contas desaprovadas por descumprimento às normas referentes à arrecadação e gastos de recursos fixadas na Lei nº 9.504/97 ou nesta resolução, perderá o direito ao recebimento da quota do Fundo Partidário do ano seguinte ao trânsito em julgado da decisão, sem prejuízo de os candidatos beneficiados responderem por abuso do poder econômico ou por outras sanções cabíveis (Lei nº 9.504/97, art. 25).

§ 4º A sanção de suspensão do repasse de novas quotas do Fundo Partidário, por desaprovação total ou parcial da prestação de contas, deverá ser aplicada de forma proporcional e razoável, pelo período de 1 (um) mês a 12 (doze) meses, ou por meio do desconto, do valor a ser repassado, na importância apontada como irregular, não podendo ser aplicada a sanção de suspensão, caso a prestação de contas não seja julgada após 5 (cinco) anos de sua apresentação (Lei nº 9.504/97, art. 25, parágrafo único). (grifos nossos)

Nesse contexto, a regulamentação estabelecida na instrução *sub examine* encontra-se bem harmonizada com os demais preceptivos legais, especialmente no que concerne ao direito à elegibilidade do cidadão, sem perder de



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

vista a necessária idoneidade do candidato a cargo público, razão pela qual voto pela aprovação total da instrução.

É como voto.

PEDIDO DE VISTA

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Senhor Presidente, o Ministro Gilson Dipp apreciou apenas o artigo 54 da Minuta da Instrução, mas, na qualidade de corregedora, tenho alguns artigos que precisam ser analisados mais amiúde e postos sob a apreciação da Corte.

Peço vista antecipada dos autos.

Sessão de 1º.3.2012

VOTO-VISTA

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Senhor Presidente, Trata-se de instrução que dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, sobre a prestação de contas de campanha nas eleições de 2012.

Na sessão do dia 14 de fevereiro de 2012, o e. Relator, Ministro Arnaldo Versiani, apresentou a minuta de resolução, afirmando o entendimento de que a aprovação das contas não era relevante para fins de quitação eleitoral, bastando, para isso, a efetiva apresentação das contas.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

O e. Ministro Gilson Dipp pediu vista dos autos e, na sessão de 28 de fevereiro de 2012 acompanhou integralmente o e. relator. Nessa mesma assentada, pedi vista dos autos para melhor análise.

Inicialmente, cumpre destacar que a instrução em exame é uma das mais importantes para as eleições que se aproximam, haja vista que a arrecadação e os gastos de recursos destinados às campanhas eleitorais, bem como a prestação de contas estão intimamente ligados à transparência e à própria legitimidade das eleições.

Na dicção de José Jairo Gomes, constitui “direito impostergável dos integrantes da comunhão política saber quem financiou a campanha de seus mandatários e de que maneira esse financiamento se deu”¹, porquanto, continua o autor,

[s]em isso, não é possível o exercício pleno da cidadania, já que se subtrairiam do cidadão informações essenciais para a formação de sua consciência político-moral, relevantes sobretudo para que ele aprecie a estatura moral de seus representantes e até mesmo para exercer o sacrossanto direito do sufrágio.²

Ademais, considerando que o financiamento de campanha no Brasil é misto, a utilização dos recursos públicos nessa seara impõe a máxima transparência.

A questão controversa relativa a esta Instrução refere-se às consequências da desaprovação das contas de campanha de candidato, sobretudo após a introdução, pela Lei 12.034/2009, do § 7º do art. 11 da Lei 9.504/97, que assim dispõe:

Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições.

[...]

§ 7º **A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente** a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos

¹ Gomes, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 292.

² *Id.*, *ibid.*



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas, **e a apresentação de contas de campanha eleitoral.** (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

Assim, estamos a decidir o alcance da expressão “apresentação de contas de campanha eleitoral” como requisito essencial para a obtenção de quitação eleitoral.

Desde a edição da Lei 12.034/2009, essa matéria vem sendo exaustivamente debatida por esta c. Corte, que, no entanto, não consolidou definitivamente seu entendimento a respeito.

Apenas para rememorar os eminentes pares, o TSE, ao fazer a primeira exegese do § 7º do art. 11 da Lei 9.504/97, decidiu, no julgamento do PA 594-59, por 4x3, que para a obtenção da certidão de quitação eleitoral não bastava a mera apresentação das contas, mas sua aprovação. Eis a ementa do julgado:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. QUITAÇÃO ELEITORAL. LEI 12.034/2009. DEVER DE PRESTAR CONTAS À JUSTIÇA ELEITORAL. ARTS. 14, § 9º, E 17, III, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. MERA APRESENTAÇÃO DAS CONTAS. INSUFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE APROVAÇÃO DAS CONTAS. SOLICITAÇÃO RESPONDIDA.

I - A exegese das normas do nosso sistema eleitoral deve ser pautada pela normalidade e a legitimidade do pleito, valores nos quais se inclui o dever de prestar contas à Justiça Eleitoral, nos termos dos arts. 14, § 9º, e 17, III, ambos da Constituição.

II - Não se pode considerar quite com a Justiça Eleitoral o candidato que teve suas contas desaprovadas pelo órgão constitucionalmente competente.

III - Para os fins de quitação eleitoral será exigida, além dos demais requisitos estabelecidos em lei, a aprovação das contas de campanha eleitoral, não sendo suficiente sua simples apresentação.

IV - Solicitação respondida.

(PA 59459, Relator para acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 23/9/2010)

Nesse Processo Administrativo, votaram pela necessidade da aprovação das contas como requisito para a obtenção da certidão de quitação eleitoral os seguintes e. Ministros: Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Marco



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

Aurélio e Nancy Andrichi. Pela desnecessidade da aprovação, bastando a regular e tempestiva apresentação, votaram os Ministros Arnaldo Versiani, Marcelo Ribeiro e Aldir Passarinho Junior.

Posteriormente, no julgamento do REspe 4423-63, com nova composição, o TSE, também por maioria (4x3), reviu seu posicionamento para entender que a certidão de quitação eleitoral poderia ser obtida com a mera apresentação das contas, desde que regular e oportunamente apresentadas. Eis a ementa do julgado:

Registro. Quitação eleitoral. Desaprovação de contas de campanha.

1. A Lei nº 12.034/2009 trouxe novas regras no que tange à quitação eleitoral, alterando o art. 11 da Lei nº 9.504/97, que, em seu § 7º, passou a dispor expressamente quais obrigações necessárias para a quitação eleitoral, entre elas exigindo tão somente a apresentação de contas de campanha eleitoral.

2. A desaprovação das contas não acarreta a falta de quitação eleitoral.

3. Eventuais irregularidades na prestação de contas relativas a arrecadação ou gastos de recursos de campanha podem fundamentar a representação objeto do art. 30-A da Lei nº 9.504/97.

Recurso especial provido.

(REspe 4423-63/RS, Rel. Min. Arnaldo Versiani, publicado na sessão de 28/9/2010)

No julgamento do REspe, votaram pela desnecessidade de aprovação das contas de campanha para a obtenção da certidão de quitação eleitoral os e. Ministros Arnaldo Versiani, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido e Marcelo Ribeiro, ficando vencidos a e. Ministra Cármen Lúcia e os e. Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

No julgamento do PA 594-59, acompanhei os e. Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Marco Aurélio, manifestando o entendimento de que o § 7º do art. 11 da Lei 9.504/97 – incluído pela Lei 12.034/2009 – exige, para fins de obtenção da certidão de quitação eleitoral, dentre outros requisitos, a efetiva apresentação das contas que, para mim, pressupõe sua aprovação.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º/3/2012

Lembro que a evolução da jurisprudência desta Corte Superior conduziu o legislador ordinário à positivação do conceito de quitação eleitoral, inicialmente estampado na Res.-TSE 21.823, de 15/6/2003, e de diversos outros preceitos relacionados à prestação de contas.

Dessa forma, a interpretação segundo a qual a quitação eleitoral pressupõe a aprovação das contas não implica, a meu juízo, qualquer ofensa à lei, e é a que melhor se coaduna com a lisura do processo eleitoral, da qual é guardiã esta Justiça especializada.

Em síntese, entendo, tal como a maioria formada naquele julgamento, que não se pode considerar quite com a Justiça Eleitoral o candidato que teve suas contas desaprovadas, porquanto isso retiraria a razão de existir da prestação de contas.

Como destacado pelo e. Ministro Ricardo Lewandowski naquela assentada, a prestação de contas, na prática, constituiria “uma mera formalidade, sem repercussão direta na esfera jurídica do candidato”.

Por certo, situações jurídicas diversas não podem ter a mesma consequência. O candidato que foi negligente e não observou os ditames legais não pode ter o mesmo tratamento daquele zeloso que cumpriu com os seus deveres. Assim, a aprovação das contas não pode ter a mesma consequência da desaprovação. Como afirmado pelo e. Ministro Marco Aurélio no julgamento do PA 594-59, “[q]uem teve contas rejeitadas não está quite com a Justiça Eleitoral para a eleição que se avizinha, subsequente a essa rejeição”.

Feitas essas observações, proponho a inclusão de dispositivo de idêntico teor ao § 3º do art. 41 da Res.-TSE 22.715/2008, que disciplinou o tema para as eleições daquele ano, ao art. 52 da minuta sob exame, renumerando-se o atual parágrafo único como § 1º, com a seguinte redação:



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

Redação atual	Redação sugerida
<p>Art. 52. A decisão que julgar as contas dos candidatos eleitos será publicada até 8 dias antes da diplomação (Lei nº 9.504/97, art. 30, § 1º).</p> <p>Parágrafo único. Na hipótese de gastos irregulares de recursos do Fundo Partidário ou da ausência de sua comprovação, a decisão que julgar as contas determinará a devolução do valor correspondente ao Tesouro Nacional no prazo de 5 dias após o seu trânsito em julgado.</p>	<p>Art. 52. A decisão que julgar as contas dos candidatos eleitos será publicada até 8 dias antes da diplomação (Lei nº 9.504/97, art. 30, § 1º).</p> <p>§ 1º Na hipótese de gastos irregulares de recursos do Fundo Partidário ou da ausência de sua comprovação, a decisão que julgar as contas determinará a devolução do valor correspondente ao Tesouro Nacional no prazo de 5 dias após o seu trânsito em julgado.</p> <p>§ 2º Sem prejuízo do disposto no § 1º, a decisão que desaprovar as contas de candidato impedirá a obtenção da certidão de quitação eleitoral.</p>

Por fim, é importante realçar que, a prevalecer esse entendimento, incumbirá a esta Corte decidir a respeito do momento em que passará a vigorar, notadamente considerada a circunstância de que os mais de 21 mil registros de desaprovação de contas consignados no cadastro eleitoral hoje habilitam os titulares das respectivas inscrições à obtenção de quitação eleitoral, muitos dos quais, certamente, já se preparam para concorrer a cargos eletivos no pleito de outubro próximo.

Essa é a reflexão que trago à Corte sobre essa matéria.

É o voto.



ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente):
Senhores Ministros, na essência, a Ministra Nancy Andrighi propôs que não basta a mera apresentação das contas, mas que elas devem ser aprovadas devidamente, porquanto a desaprovação das contas geraria a ausência de quitação eleitoral para o período correspondente ao mandato a que o candidato concorreu.

A Ministra faz também uma proposta, ou uma indagação, à Corte quanto a uma eventual modulação ou ao momento em que essa disposição de nossa resolução incidiria.

Tomarei, então, os votos quanto à sugestão apresentada pela Ministra Nancy Andrighi. Na sequência, decidiremos sobre em que momento ela incidiria e quais as situações que ela abrangeria.

VOTO (vencido em parte)

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, peço vênica à eminente Ministra Nancy Andrighi para acompanhar o relator e o Ministro Gilson Dipp. Conforme me expressei em outras oportunidades, a lei parece muito clara: exigirá exclusivamente a apresentação das contas; onde não há, a meu ver, espaço para interpretação extensiva, o Tribunal não pode fazê-lo.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Senhor Presidente, peço vênua ao Ministro Arnaldo Versiani, relator, para acompanhar a divergência iniciada pela Ministra Nancy Andrichi.

Como votei em outras oportunidades, a meu ver, a lei estabelece que as contas, ao serem apresentadas, estejam em condições de serem aprovadas, caso contrário, não haverá como dar ao candidato a quitação delas. E estamos tratando de quitação.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, reporto-me aos votos proferidos. Entendo que cumpre perquirir, no § 7º do artigo 11 da Lei nº 9.504, de 1997, o objetivo da norma. Evidentemente, não se pode, sob a minha óptica, cogitar de algo simplesmente formal. O que se busca – daí ter-se o envolvimento da quitação eleitoral – é a realidade, o conteúdo, potencializando-se esse conteúdo.

Não consigo conceber que, no caso, se cogite da apresentação das contas para não se dar a consequência do ato de exame dessas contas certa finalidade, certo objetivo. Não basta a apresentação, no protocolo do órgão competente para recebê-las, de um documento que não reflita a realidade.

Exige-se da Justiça Eleitoral o exame das contas, podendo-se chegar à aprovação ou à desaprovação delas: aquele que as apresentou, mas que as teve rejeitadas, não pode obter a certidão de quitação eleitoral, pois não está quite, em si, com a Justiça.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

Acompanho, portanto, a divergência, entendendo que devemos avançar, visando até mesmo à correção de rumos, dando ao preceito interpretação integrativa e de concretude maior.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente):
Peço vênia ao relator e aos que o acompanharam para sufragar o voto da Ministra Nancy Andrichi.

Reporto-me ao pronunciamento que fiz, quando julgamos o Processo Administrativo nº 594/59-DF, em que, entre outros argumentos, eu disse que tratar igualmente aqueles que têm as contas aprovadas e os que têm as contas desaprovadas feriria, a mais não poder – como diria o Ministro Marco Aurélio –, o princípio da isonomia.

Por essas e outras razões que já veiculei e que farei juntar oportunamente, acompanho a Ministra Nancy Andrichi. Fica, pois, inserido na resolução o dispositivo sugerido por Sua Excelência com as alterações tópicas que também foram propostas.

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Senhor Presidente, trago à apreciação dos senhores esta questão. Como verificamos nos registros da Corregedoria-Geral Eleitoral, temos hoje vinte e um mil registros de desaprovação de contas. Algumas dessas pessoas já estariam se preparando para as eleições e



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

poderiam ser apanhadas de surpresa com a fixação, agora sim, definitiva do Tribunal, que não tínhamos ainda. Era apenas jurisprudencial e agora passará a integrar uma resolução desta Corte.

Por isso questionei – e coloco à apreciação dos colegas – se este fato, este elemento do meu voto é relevante, ou não.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite, até para realçar o que a Ministra Nancy Andrighi pontuou, a resolução de 2008, de que foi relator o Ministro Ary Pargendler, já preconizava essa interpretação: se se estiver alterando um critério, esse critério deverá valer do momento da alteração para frente. Assim, não apanharia a desaprovação das contas ocorridas em 2004 e 2006, mas apenas a desaprovação que ocorresse a partir de 2008, 2010 e 2012, sucessivamente.

Para corroborar ainda mais esse argumento, sob o princípio do cenário da segurança jurídica, vale ressaltar que a instrução de 2010 já determinava que a quitação eleitoral seria obtida com a apresentação das contas.

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Exato. Por isso a modulação.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): O candidato que concorresse às eleições de 2010 ficaria obrigado apenas a apresentar as contas para fim de quitação eleitoral.

Assim, embora eu tenha ficado vencido na questão básica, ou seja, pela necessidade apenas da apresentação de contas, e não da aprovação, parece-me que o melhor cenário, no caso desta instrução, seria projetar os efeitos, tal como dito pela Ministra Nancy Andrighi, que esse dispositivo já comporta. A interpretação da instrução será a mesma que demos para as eleições de 2008: apenas para a desaprovação ocorrida a partir das eleições de 2012, e não com efeito retro-operante.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente):
Apenas uma reflexão em voz alta: se estamos editando uma resolução para as eleições...

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Para esta, vale.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Para mim, o sistema não fecha.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Irregularidade vale para o futuro; nesta, vale tudo.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Não se trata de questão de irregularidade. A instrução de 2010 previa certa regra para a prestação de contas, que estava prevista assim como a atual minuta: não obteria a quitação eleitoral aquele candidato às eleições de 2010 que tivesse contas não prestadas, e não contas desaprovadas. Agora estaríamos revendo esse critério para todos os candidatos às eleições de 2010 que se apresentarem como candidatos em 2012, sob nova regra, que está sendo construída hoje, e não há dois anos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ministro, o Supremo, quanto à aplicação da Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, assentou que abrangeria atos e fatos pretéritos. E aqui a lei pré-existe.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Nós temos uma jurisprudência entendendo que a quitação será considerada para seus fins próprios no momento do registro. Decidimos isso todos os dias. Agora vamos resolver que a quitação que tem de ser feita nos termos da resolução para as eleições de 2012 não valerá em 2012?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente):
Será até inócuo o que estamos resolvendo. Se um dos dispositivos da resolução para as eleições de 2012 for postergado para após as eleições, estaremos mergulhando na inocuidade total.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, ainda não estamos pensando nas resoluções das eleições gerais de 2014.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Para isso, pode vir outra instrução a estabelecer que não valerá, porque não estaremos aqui para as eleições de 2014; pelo menos essa composição.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Eu tenho a impressão de que esse argumento que a Ministra Cármen Lúcia trouxe é extremamente relevante. O Supremo decidiu, com toda a firmeza, que as condições do registro de elegibilidade são aferidas no momento do registro.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: E nós, aqui, quanto à quitação, temos decisões monocráticas – contra, inclusive, muitos recursos do Ministério Público – de que a quitação só vale para o aferimento das condições no momento do registro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Se assentarmos agora que só levaremos em conta esse critério relativamente às contas rejeitadas em 2012, simplesmente afastaremos do cenário a aplicação da norma que já proclamamos alcançar a aprovação das contas.

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Senhor Presidente, eu só trouxe à baila essa questão porque houve um procedimento anterior utilizado pelo TSE, mas não significa que eu esteja abraçada a essa regra.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Não estamos legislando, apenas revelando o alcance de uma norma pré-existente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Exatamente. A jurisprudência já indicava uma transição nesse sentido.

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Eu posso retirar do meu voto essa parte.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Mas precisa afirmar solução.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Ministro relator, na resolução das últimas eleições, constou expressamente que apenas a falta da apresentação das contas geraria a impossibilidade de obtenção da quitação.

Então, todas as contas apresentadas atualmente, julgadas ou sob processo de julgamento, foram apresentadas sob uma regra instituída pelo TSE, no sentido de que apenas a falta de apresentação de contas levaria o candidato a impedir a obtenção da quitação eleitoral.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Em relação a todos os candidatos que concorreram às eleições de 2010, decidimos, em todos os casos concretos, embora por apertada maioria de quatro a três, que a desaprovação não geraria impedimento de obter a quitação.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Se mudarmos agora, mudaremos situações constituídas. Quero apenas ter a certeza disso. Se mudarmos agora, mudaremos uma situação que o Tribunal constituiu em 2010, mudaremos retroativamente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Eram as regras para as eleições gerais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Certamente, com uma visão flexível, não induzimos quem quer que seja ao descumprimento da lei. Não podemos agora ser os responsáveis pela não aprovação das contas e afastar as consequências dessa não...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Ministro Marco Aurélio, parece-me que há um dado importante. A despeito de a instrução referente às eleições de 2010 fazer constar que era a apresentação, continuamos nos julgamentos discutindo. Tanto que, no curso do ano de 2011, tivemos julgamentos,



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º/3/2012

como o ministro relator afirma, por apertada maioria de um voto, para interpretar judicialmente aquela norma. Não era, portanto, interpretação pacífica.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Se Vossa Excelência me permite, esses casos que julgamos em 2011 eram relativos às eleições de 2008. Nas eleições de 2010, não tivemos nenhum caso, exatamente porque a instrução previa dessa forma.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: A instrução prevê essa situação. As contas foram prestadas de acordo com a instrução do Tribunal. Agora daremos outra consequência ao que decidimos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ministro Marcelo Ribeiro, por maioria de votos, assentamos que aquele enfoque que serviu às eleições de 2010, já ultrapassadas, não foi o mais consentâneo com a ordem jurídica.

Então, admitamos que a ordem jurídica tenha o alcance de evitar que alguém que teve contas rejeitadas participe das eleições e vamos, de qualquer forma, afastar essa conclusão quanto às eleições que se avizinham. Estamos hoje reunidos para disciplinar, para regulamentar as eleições de 2012, e não eleições pretéritas.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Parece-me que, se o Tribunal editou uma resolução regulamentando esse assunto, trata-se de um princípio de segurança jurídica, portanto não mudemos as consequências dessa resolução. Se mudarmos, fiquei vencido quando à mudança, mas isso já foi superado, que a mudança seja para as próximas eleições e não para as anteriores.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Eu aprendi, logo que cheguei a este Tribunal, que não se muda jurisprudência no curso de uma eleição, mas o Tribunal tem alterado e isso tem sido aceito.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Tratamento diferenciado no próprio pleito de candidatos...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Mas estamos, diante de um pleito futuro, interpretando uma norma. Como disse o Ministro Marco Aurélio, não podemos placitar um faz de conta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, não fiquemos preocupados, pois não faltarão candidatos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Sim. E quem tiver contra si cometido alguma injustiça que logre obter, com um provimento judicial, a suspensão da desaprovação. É praxe.

Penso que, ou bem mudamos a resolução e fazemos que essa disposição valha efetivamente, ou, se a postergarmos ou a projetarmos no tempo, ela será absolutamente inócua. Então, o que decidirmos aqui não terá valido nada, *data venia*.

Penso haver outros valores em ponderação além da segurança jurídica, que é a moralidade, para o exercício do cargo público, assim como se assentou na questão da Lei Ficha Limpa. É um passo que o Tribunal estará dando no sentido do aperfeiçoamento do sistema eleitoral.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Precisamos diferir como mal menor, porque, na verdade, toda essa discussão foi em decorrência da modificação do projeto original. Se há essa discussão, é porque a modificação preconizada foi ruim, porque se deu interpretação restritiva à lei e agora estamos procurando, pelo voto da Ministra Nancy Andrighi, fazer um ajuste.

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Senhor Presidente, eu trouxe essa questão porque o tema já fora analisado em outra resolução.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

O meu voto é no sentido de acompanhar o Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência e a Ministra Cármen Lúcia. Eu não poderia deixar de trazer a questão jurídica.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: (presidente): Claro. Agradeço e louvo o cuidado de Vossa Excelência em trazer a público essa situação. Temos vinte e uma mil contas aprovadas.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, quero registrar uma perplexidade. Este Plenário, por unanimidade, reformando uma decisão, deu provimento a recurso para julgar improcedente uma ação baseada no artigo 30-A da Lei nº 9.504, de 1997, contra um deputado distrital que havia declarado gasto com combustível na campanha, mas não tinha declarado os veículos. Alegou que os veículos eram emprestados e não os declarou.

O Tribunal, por unanimidade, entendeu que tal fato não era motivo para cassar o diploma do deputado, mas sim para rejeitar suas contas. Todos nós aqui rejeitamos contas nessa situação, mas nenhum de nós cassou diploma.

Esse mesmo deputado, se quiser concorrer à próxima eleição, não poderá, porque esse motivo, que o Tribunal disse que não era suficiente para cassá-lo, vai “cassá-lo”, porque não permitirá nem que concorra na próxima eleição.

Todos esses anos em que tivemos essa jurisprudência, o Tribunal interpretou com rigor a prestação de contas, mas nunca com a ideia, porque não era essa a posição do Tribunal, de que aquilo levaria a uma verdadeira inelegibilidade. Dizer que é falta de condição de elegibilidade dá no mesmo, pois não poderá concorrer.

Eu queria registrar isso, vencido, com todo respeito à douta maioria. Além disso, registro que não me parece que nós vencidos estejamos preocupados com algo a mais, a não ser com a segurança jurídica. Se o Tribunal editou uma resolução e disse “nessas eleições agora as contas deverão ser apresentadas e



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

levarão a essa ou àquela consequência”, mudar o texto, para mim, é retroagir para prejudicar. Com toda vênica ao Supremo, em relação ao que decidiu sobre a Lei Ficha Limpa, está retroagindo com o fim de prejudicar e, a meu ver, retroatividade para prejudicar afeta a segurança jurídica, afeta direitos fundamentais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Fica fechada a porta ao exame no campo jurisdicional, caso a caso.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Não, mas já estão julgados.

Ministro, o Tribunal decidiu agora que essas contas julgadas pelo Tribunal terão essa consequência. Não há mais instância onde revê-las. Já transitou em julgado. A maioria já transitou em julgado. Esse cidadão, por exemplo, está “inelegível” para a próxima eleição. Muitos desses vinte mil casos, aproximadamente, já transitaram em julgado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Pelo meu espírito inquieto, eu diria: “não sou um batedor de carimbo”, e o fato de estar votando agora no sentido de que a desaprovação das contas obstaculiza a quitação eleitoral não é óbice intransponível a que examine, a partir da não obtenção da quitação eleitoral súbita ao ângulo, caso a caso, no campo jurisdicional.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Como estamos fazendo uma regra geral com a resolução, eu queria fazer uma regra objetiva. Era isso o que eu queria dizer sobre esse tema.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Vossa Excelência quer juntar voto escrito?

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Não. Eu só tenho mais um ponto, também para registrar um voto que é certamente vencido. A resolução prevê que, em caso de não apresentação das contas – e agora também



no caso de rejeição –, dá-se o impedimento da obtenção da certidão de quitação eleitoral durante o curso do mandato ao qual concorreu, não é isso?

Peço vênia para ficar vencido e digo que é apenas para a próxima eleição. É só para a eleição subsequente, porque senão, como no caso de senador, ficará oito anos inelegível, pois esqueceu de declarar os carros em que o combustível foi gasto.

VOTO (ratificação – vencido em parte)

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Senhor Presidente, nesse ponto, peço vênia ao Ministro Marcelo Ribeiro para manter o mesmo texto, independentemente de saber se a decisão que considerou as contas não prestadas ou desaprovadas tenha essa eficácia, mas me parece que essa eficácia deva ser pela duração do mandato ao qual ele concorreu. Essa é a regra desde a criação do conceito de quitação eleitoral.

Já fiquei vencido na questão de saber se desaprovação equivale à apresentação, mas, vencido nesse ponto, mantenho o texto original da instrução, no sentido de que ele ficará impedido de obter a quitação eleitoral durante o período do mandato para o qual ele concorreu. E, quanto a isso, pelo menos ao que me recordo, não houve nenhuma dúvida do Tribunal a respeito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: No que diz respeito a eleições imediatamente anteriores, ele fica inelegível.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Em relação a esse ponto, nunca concordei com isso. Desde que essa discussão surgiu, sempre sustentei que não há norma estabelecendo isso. Acredito que quem tenha trazido esse assunto pela primeira vez tenha sido o Ministro Ari Pargendler e fiquei vencido:



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

nunca considere que fosse adequado fixar essa “inelegibilidade” por oito anos, por exemplo, no caso de senador.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: A Lei Ficha Limpa é para 2014. É o que Vossa Excelência estava dizendo aqui.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): É o que estou dizendo em relação à não apresentação de contas. Mas o Tribunal entendeu que não apresentação equivale também à desaprovação. Então, o que estou mantendo é a versão original no sentido de que, tanto em um quanto em outro caso, o impedimento de obter a quitação se estende durante o período do mandato para o qual concorreu. Se foi para o de prefeito, é de prefeito; para o de vereador, é de vereador; e da mesma forma para o de deputado estadual, o de deputado federal e o de senador da República. Quanto a isso, a coerência me parece que deva ser a mesma, e não para um período, apenas de dois em dois anos.

Até porque podem acontecer casos em que a prestação de contas daqueles candidatos não eleitos não seja sequer julgada nesse período de dois anos. Temos casos, por exemplo, de eleição municipal de 2008 em que a prestação de contas é julgada no final de 2010 em 2011. A única regra que existe no tocante à prestação de contas é para o candidato eleito cuja prestação de contas seja julgada até oito dias antes da diplomação, mas, para os candidatos não eleitos, não há.

Parece-me que o princípio deva ter a mesma regra quanto a todos os candidatos. Se for para senador, de oito anos, esse é o período. Inclusive se aplicaria na hipótese de candidato a senador não prestar contas: ele ficaria impedido de obter a quitação durante esse período de oito anos. Por isso mantenho esse ponto.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Eu fui Relator do Recurso Especial Eleitoral nº 4826-32 e, no voto que proferi, sustentei que a ausência de quitação repercutiria até as eleições subsequentes, de 2008. Mas fiquei vencido.

E prevaleceu o entendimento da maioria em que sentido?

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): No sentido de que duraria o período do mandato para o qual ele concorreu.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Mas estamos nas eleições municipais, são de quatro anos.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): O único caso de oito anos é o de senador da República. Os outros são de mandatos de quatro anos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: O que me preocupa é que no caso tínhamos a dilação fixada pela duração do mandato. Na situação, por exemplo, de ter concorrido, com contas rejeitadas, ao mandato de senador, ele estaria impossibilitado de conseguir a quitação eleitoral durante oito anos.

Por isso sustentei no meu voto, no precedente, que deveríamos cogitar das eleições subsequentes. Então, por exemplo, houve, no caso – e chegaríamos ao biênio, já que temos eleições de dois em dois anos –, a rejeição das contas relativamente ao pleito de 2010: ele ficará inelegível para 2012.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Na verdade, ele ficaria inelegível pelo prazo de quatro anos, porque só poderia ficar para a próxima eleição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: A observação de Sua Excelência projeta a ausência dessa condição de elegibilidade, que é a de quitação, com esse detalhe que, a meu ver, é pernicioso: teremos prazos diversificados



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

conforme o mandato. É a situação figurada do senador, por exemplo, candidato a senador com contas rejeitadas.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): (Ininteligível) o período do mandato para o qual ele concorreu.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Eventualmente uma falha menor, mas que leve à desaprovação, no caso de senador, dura oito anos; uma falha grave, no caso de deputado, dura quatro anos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Penso que essa seja preocupação legítima, válida, mas estamos regulando as eleições municipais, nos referimos a quatro anos. Salvo engano, na redação proposta pela Ministra Nancy Andrigli, ele ficará inelegível pelo período correspondente ao mandato para o qual concorreu.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Por exemplo, se alguém concorreu em 2010 a uma cadeira no Senado e teve as contas rejeitadas, não terá condições de elegibilidade durante oito anos; outrem que tenha também tido as contas rejeitadas, mas que tenha concorrido a uma cadeira na Câmara, não terá apenas por quatro anos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Talvez, pelo princípio da isonomia, fosse conveniente, até porque ele pode concorrer a outro cargo.

VOTO (vencido em parte)

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Por isso eu tenderia, votarei assim, a cogitar da ausência de condição de elegibilidade para as eleições subsequentes. Avançamos nesse campo, porque é mais razoável.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: E porque no final ele fica por quatro anos. Dois anos serão as eleições subsequentes; somente na outra é que ele poderá concorrer.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Quero esclarecer uma dúvida com o Ministro Arnaldo Versiani, que estudou de forma mais vertical essa questão: essa matéria do prazo está regulada em lei ou poderíamos eventualmente estabelecer esse prazo?

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Nada é regulado em lei.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Foi criado por nós. A lei não tem nada, ela não cria nem a condição de inelegibilidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Cria uma consequência jurídica a ausência de quitação, considerada a potencialidade em concorrer nas eleições subsequentes, a meu ver. Penso que já tenhamos uma sanção que incentivará a prestação correta das contas.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Senhor Presidente, o único critério de quitação foi introduzido na Lei nº 12.034, a partir de 2009. O critério de quitação eleitoral foi introduzido pelo TSE em 2004. Em 2006, alterou-se esse conceito até chegar em 2008, que introduziu a nova extensão de desaprovação das contas.

A lei veio, a meu ver, regular apenas no sentido da apresentação de contas, mas nada na lei dispõe a respeito do período para o qual ele ficaria impedido de obter a quitação eleitoral.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Penso que está de bom tamanho cogitarmos da ausência de condições de elegibilidade consideradas as eleições subsequentes. Já é uma sanção em uma construção jurisprudencial.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente):
Consideradas as eleições subsequentes.

Ministra Nancy Andrichi, existe essa proposta do Ministro Marco Aurélio de, ao invés de o candidato ficar inelegível pelo período correspondente ao mandato para o qual concorreu, estabeleceríamos que essa inelegibilidade se daria apenas para as eleições subsequentes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Poderá variar conforme a cadeira disputada.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Eu mantenho o voto original. O Tribunal, com a devida vênica, está fazendo um esforço hercúleo para dar interpretação que é muito clara na lei. Estou cada vez mais convicto de que a lei é clara demais e que estamos fazendo um esforço que não é nosso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ministro, Vossa Excelência, que se contentava com a apresentação das contas, agora chega a uma posição extremada quanto ao período.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Eu gostaria de ressaltar um aspecto, porque agora a discussão está ficando bastante interessante.

Nós vencidos entendemos que a desaprovação das contas não é motivo para não obter a quitação eleitoral para a eleição de 2012, mas, pelo que sinto, a maioria está dizendo que a desaprovação das contas gera inelegibilidade só para a eleição subsequente. Então todos os vinte um mil casos, por exemplo, que a Ministra Nancy Andrichi citou, relativamente às eleições de 2008, só ficariam impedidos de obter a quitação eleitoral até 2010.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Já é um avanço quanto à proposta de Vossa Excelência.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Estamos tendo essa discussão a respeito da instrução para, no efeito prático, ficar na mesma situação, ou seja, aquele que foi candidato em 2008 pode obter a quitação em 2012.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ministro, esse é argumento *ad terrorem* que, inclusive, conflita com sua posição inicial.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Não, não conflita com minha posição inicial de forma alguma. A minha posição original está mantida: entendo que sejam as contas apenas não prestadas durante o período do mandato. Estou dizendo que o Tribunal agora está chegando a esse efeito prático. Tudo aquilo que discutimos em relação às contas desaprovadas de 2008 não terá nenhuma eficácia para 2012, porque a maioria está se encaminhando no sentido de só ser apenas para a próxima eleição. A próxima eleição já ocorreu em 2010, então, qual será a sanção para o candidato que teve as contas desaprovadas?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Vossa Excelência justifica a variação tendo em vista o cargo disputado. Se disputou uma cadeira na Câmara, são quatro anos durante a legislatura; se disputou uma cadeira no Senado, são oito anos. Não fecha o sistema, Ministro.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Não sei por que não fecha: desde o instante em que a regra seja o período do mandato para o qual ele concorreu.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Então Vossa Excelência empresta valia maior à prestação de contas para o Senado do que à prestação de contas considerada a cadeira na Câmara?

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Mas essa foi a interpretação que o Tribunal deu quando criou o conceito de quitação eleitoral.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: O problema é o tempo do mandato.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º/3/2012

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente):
Aqui há uma ponderação que me parece bastante razoável e importante, que também se enquadra dentro da argumentação do Ministro Arnaldo Versiani. Quando tratamos da quitação das contas, também tratamos da quitação das contas de campanha de 2012. Como temos eleição a cada dois anos, teremos uma não isonomia muito grande.

A proposta do Ministro Versiani seria fixar em quatro anos?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Seria o período do mandato para o qual ele concorreu, com a variação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Ministro, significa que haverá desigualdade, porque alguém que concorra ao cargo de senador ficará com um período muito maior do aquele que concorreu ao cargo de deputado. Quebra-se, assim, o princípio da igualdade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Não estou longe de fixar o prazo de quatro anos.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Quem inventou o prazo de oito anos? Fomos nós?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ele será duplamente derrotado no caso, porque concorreu a um mandato de prazo mais dilatado.

Não estou longe de chegar aos quatro anos, adotando esse critério como regra.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Critério de mandato. O critério seria o mandato mais geral.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: O mandato gênero, porque o mandato de senador é especialíssimo, de oito anos.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente):
Como estamos decidindo sobre as eleições de 2012 se parássemos aqui, "sem prejuízo do disposto no § 1º, a decisão que desaprovar as contas de candidato implicará o impedimento de obter certidão de quitação eleitoral", ele não poderá obter o registro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Concordo plenamente.
Vamos deixar para julgar posteriormente, na área jurisdicional, este caso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente):
Sim. Porque considero artificial. E atendemos também à ponderação do Ministro Gilson Dipp.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Senhor Presidente, não forçarei a natureza. Mantenho meu voto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente):
Entendo perfeitamente. Vossa Excelência está dizendo que não podemos ir além do que a lei dispõe. Essa era a minha preocupação desde o início, quando perguntei ao Ministro Arnaldo Versiani se havia prazo estabelecido em lei.

Mas Vossa Excelência tem uma interpretação da lei, a maioria tem outra e nós simplesmente paramos aqui.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Quero registrar meu voto vencido nesse ponto. Já havia ficado no sentido de que a desaprovação de contas gera esse impedimento e fico vencido agora porque assevero que, uma vez que exista esse impedimento, para mim, dura apenas a próxima eleição.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente):
Ministra Nancy Andrichi, como ficaria a redação?

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: O § 2º ficaria nos seguintes termos: "sem prejuízo do disposto no § 1º, a decisão que desaprovar as



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º/3/2012

contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral".

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente):
Então, não mencionamos prazo. E, como estamos regulando as eleições de 2012, quem não tiver a quitação eleitoral por contas aprovadas não obterá o registro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, quando nos defrontamos com a controvérsia no campo jurisdicional sobre o fato de poder ou não ser diplomado, o candidato vencedor nas eleições que ainda não teve suas contas apreciadas pelo órgão competente, ou seja, resultado que não dependeu de procedimento dele, fui à legislação, e não encontrei um preceito que, interpretado e aplicado, desaguasse nessa conclusão, com a problemática do início da legislatura, do tratamento a ter obstaculizado o acesso à cadeira, por parte do Judiciário.

Por isso pondero quanto à simples supressão do artigo 54 do projeto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente):
Consulto os pares.

Vossa Excelência está argumentando que sujeitamos o candidato a um evento sobre o qual ele não tem nenhum controle. Não é isso, Ministro Marco Aurélio?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Sim. O que ocorre? Não podemos também chegar a uma posição que conduza, a toque de caixa, ao exame das contas. Não podemos correr contra o relógio tendo presente a data da diplomação. Então, eu simplesmente suprimiria o artigo 54.

Estou lembrado das contas do partido vencedor, nas eleições gerais, que aprovamos. O Tribunal aprovou as contas, mas com uma rapidez inimaginável, porque havia, na resolução pretérita, essa regra.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): E prazo, evidentemente, para a diplomação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Digamos que o candidato seja diplomado e, depois, as contas sejam julgadas e desaprovadas. O problema então será maior.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Nesse caso, as consequências talvez fiquem para as eleições futuras.

A Ministra Cármen Lúcia levanta a seguinte dúvida: se as contas, após a diplomação, forem desaprovadas, qual será a consequência?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Teremos que buscar na ordem jurídica a consequência. O que não posso é apenas o candidato pela demora no exame das contas do órgão incumbido de proceder a esse exame.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Ministro Arnaldo Versiani, Vossa Excelência, que elaborou a resolução, como se pronuncia?

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): O artigo 29, que trata do recebimento das prestações de contas, § 2º, da Lei nº 9.504, de 1997, Lei das Eleições, dispõe:

Art. 29 [...]

§ 2º A inobservância do prazo para encaminhamento das prestações de contas impede a diplomação dos eleitos, enquanto perdurar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: No caso se apena o candidato. Quem observa o prazo? O candidato.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): É verdade. Poderíamos talvez reproduzir o § 2º do artigo 29 em substituição ao artigo 54.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

Vossa Excelência está de acordo, Ministro Arnaldo Versiani?

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Senhor Presidente, mantenho a minha redação da forma como está.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Essa preocupação do Ministro Marco Aurélio é muito relevante, porque o candidato não tem nenhum controle sobre o processo de aprovação de contas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Cumpriu todos os deveres, mas, pela sobrecarga de contas, o órgão não pôde apreciar todas elas até a diplomação. Estará impedido o eleito de ser diplomado? Ou seja, sofrerá uma consequência que não decorreu de ato próprio?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Ele está sofrendo, digamos, uma sanção por um ato que depende da vontade alheia.

Tomarei os votos então. O Ministro Marco Aurélio vota no sentido de se substituir o artigo 54, tal como redigido na resolução, por aquilo que está disposto na Lei nº 9.504, de 1997, no artigo 29, § 2º, que dispõe:

Art. 29 [...]

§ 2º A inobservância do prazo para encaminhamento das prestações de contas impede a diplomação dos eleitos, enquanto perdurar.

Realmente é ato que depende do candidato e, se ele não apresentar, será sancionado. Na redação do artigo 54, como diz o Ministro Marco Aurélio, o candidato é apenado por um ato que não cometeu, que depende do Tribunal, ou dos tribunais, ou da Justiça Eleitoral.

Se eu puder adiantar meu voto, acompanho o Ministro Marco Aurélio, *data venia*.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Eu também.



NOTAS DE JULGAMENTO
SEM REVISÃO DOS ORADORES

SESSÃO DE 1º.3.2012

Substituindo o artigo 54, permanece, apenas transcrevendo-se aqui o que é previsto na lei, para que o candidato se encarregue do que é dele e a Justiça Eleitoral também cumpra seu papel.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente):
Os demais ficam vencidos?

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Com a vênica do Ministro Arnaldo Versiani, acompanho o Ministro Marco Aurélio, por duas razões: primeiro, porque o que a lei estabelece realmente é a obrigação do candidato, que gera essa impossibilidade de diplomação; segundo, porque não faz diferença na verdade, porque, mesmo aplicando a resolução atual, que está sendo aprovada hoje, no sentido de que a rejeição das contas impede a obtenção de quitação eleitoral, isso será para depois, não será para aquela eleição.

Então o cidadão que concorrer e for eleito, mesmo que tenha as contas reprovadas, será diplomado e tomará posse. Não há por que exigir esse julgamento tão rápido assim.

Acompanho o Ministro Marco Aurélio nesse ponto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente):
Vossa Excelência fica vencido, Ministro Gilson Dipp?

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Já não tenho mais o que discutir. Vossa Excelência nem precisa tomar meu voto mais, porque mantenho integralmente a resolução.